
3 2044 103 227 708


VE
RI
TAS





FRANCE

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

# DES BÉNÉFICES DES FIDÉJUSSEURS

DROIT FRANÇAIS

DES

# BÉNÉFICES DE LA CAUTION

COMPARAISON ENTRE LA CAUTION PROPREMENT DITE
ET LA CAUTION SOLIDAIRE

## THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

*Le samedi 21 avril 1888, à 1 heure*

PAR

**Emile LECOQ**

*Président :* M. DEMANTE, *professeur.*

*Suffragants :* MM. LABBÉ, RENAULT, *professeurs.* LE POITTEVIN, *agrégé.*

*Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.*

PARIS
IMPRIMERIE DES ÉCOLES
HENRI JOUVE
23, rue Racine, 23
1888

# DROIT ROMAIN

## DES BÉNÉFICES DES FIDÉJUSSEURS

### INTRODUCTION

#### DU CAUTIONNEMENT EN GÉNÉRAL ET DE SES DIVERSES FORMES

#### § I. — *Considérations générales sur le cautionnement.*

A toutes les époques, la garantie d'exécution des obligations a été la condition du crédit. Quand un créancier est sollicité de faire un prêt, quelle que soit la chose que ce prêt ait pour objet, chose de genre ou corps certain, il est bien rare qu'il n'en subordonne pas la réalisation à des sûretés qui le protègent contre l'insolvabilité de l'emprunteur ou sa mauvaise foi.

Les sûretés que le créancier peut exiger sont de deux sortes : elles sont personnelles ou réelles. Personnelles, elles consistent dans l'obligation contractée par une personne appelée caution de payer à la place du débiteur principal, si celui-ci ne satisfait pas à son obligation. Réel-

les, elles consistent dans l'affectation d'un bien déterminé, meuble ou immeuble, à l'acquittement de la dette; c'est le gage, c'est l'hypothèque.

En Droit Français, les sûretés réelles sont, avec raison, préférées aux sûretés personnelles. Outre qu'il est difficile pour le débiteur de trouver une personne qui, bienveillamment, répondra de sa dette, la garantie accordée au créancier n'est pas absolue. A l'échéance, en effet, la caution peut être insolvable. Le créancier a deux débiteurs, au lieu d'un; il a une chance de plus d'être payé, voilà tout. Les sûretés réelles sont, au contraire, bien plus efficaces. La chose engagée est-elle d'une valeur supérieure au montant de la dette, et le créancier, s'il a été prudent, a veillé sans doute à ce qu'il en fût ainsi, la garantie d'exécution de l'obligation est complète. Le propriétaire de la chose donnée en gage peut devenir insolvable, soit en contractant de nouvelles dettes, soit en diminuant son patrimoine par des aliénations successives, le droit de préférence et le droit de suite que donnent le gage et l'hypothèque, protègent amplement le créancier.

La supériorité pratique des sûretés réelles sur les sûretés personnelles est certaine. Cependant, à Rome, longtemps nous voyons le cautionnement en honneur; les sûretés réelles sont délaissées. Toutes les fois qu'un débiteur est requis par le préteur ou le juge de donner des garanties, c'est une caution qui est donnée : loi 1, § 9, D. *de Collat*, l. 7, D. *de stip. præt.*

Comment expliquer que les Romains n'aient pas aperçu les avantages pratiques du gage et de l'hypothèque et aient préféré le cautionnement, comme garantie d'exécution?

M. Accarias, à son cours de *Pandectes,* a donné les raisons suivantes : A l'origine, la législation romaine, relativement aux sûretés réelles, était bien imparfaite. L'hypothèque n'apparut qu'à la fin de la république, et les deux modes connus, l'aliénation fiduciaire et le *pignus* présentaient de graves inconvénients.

Le débiteur perdait, par l'aliénation fiduciaire, la propriété et l'usage de sa chose qu'il était exposé à ne recouvrer que détériorée par le fait ou la négligence du créancier. Avec le *pignus* le créancier devenait simplement possesseur de la chose donnée en gage, mais non propriétaire. Moins imparfait que l'aliénation fiduciaire, ce mode de sûreté présentait encore le sérieux inconvénient d'inutiliser en quelque sorte la chose, car le débiteur ne pouvait pas s'en servir puisqu'il ne l'avait plus à sa disposition, et le créancier ne le pouvait pas sans y être autorisé. Quand l'hypothèque fut introduite en Italie, il semble que cette institution qui était préférable à l'aliénation fiduciaire et au *pignus* en ce que le débiteur gardait non seulement la propriété mais même la possession de la chose, dût faire abandonner, en pratique, le cautionnement ; il n'en fut rien. Un seul jurisconsulte convaincu de la supériorité de l'hypothèque, Pomponius, en signale les avantages : « *Plus cautionis in re est quam in persona.* » (L. 25. D. *de reg. jur.*). Le cautionnement est toujours populaire. Une garantie est-elle demandée, le débiteur devra fournir des fidéjusseurs.

Le maintien du cautionnement tient à deux causes. Les règles qui organisaient l'hypothèque étaient défectueuses. Dans une bonne législation, l'hypothèque ne peut deve-

nir d'un usage pratique que si elle est rendue publique. Sa publicité, c'est la condition même de son existence, et à Rome l'hypothèque fut occulte. On comprend dès lors que les Romains, dès le début, y aient eu recours difficilement. La garantie résultant de l'hypothèque était sérieuse; oui, mais c'était à la condition que le constituant, fût réellement propriétaire, et que le fonds hypothèqué n'eût pas été précédemment grevé au profit d'autres créanciers. Or, il n'existait aucun moyen de vérification. De là, le peu d'empressement des Romains à remplacer le cautionnement par l'hypothèque.

En Droit romain, le cautionnement était conforme aux mœurs du temps. Quand un débiteur avait à fournir une sûreté à son créancier, il n'hésitait pas à s'adresser à ses amis, certain d'obtenir l'engagement de répondre pour lui; car, pour un Romain, se porter garant, « c'était accomplir un devoir et presque une obligation juridique (1). »

Tels sont les motifs qui ont fait prévaloir, si longtemps à Rome, le cautionnement sur les garanties réelles.

Dans notre législation, la théorie du cautionnement est une. Il n'en fut pas de même en Droit romain. Le cautionnement a revêtu des formes diverses que nous allons indiquer brièvement.

§ 2. — *Des diverses formes du cautionnement.*

Le Droit romain a connu et pratiqué trois formes de

1. M. Accarias. Voir aussi Denys d'Halicarnasse. tome I, livre II, n° 10.

cautionnement : 1° l'*adpromissio* ; 2° le *mandatum pecuniæ credendæ* ; 3° le *constitut.*

I. *Adpromissio.* — L'*adpromissio* est la plus ancienne forme du cautionnement. Mais cette forme se subdivise elle-même en trois branches qui sont : la *sponsio*, la *fidepromissio*, la *fidejussio*, expressions qui rappellent les termes en lesquels étaient faites l'interrogation du créancier et la réponse de la caution. Ces termes étaient les suivants : *Idem dari spondes ? spondeo ; Idem fidepromittis ? fidepromitto;* etc.

Ces trois institutions répondaient toutes au même but, le cautionnement, mais elles n'avaient pas les mêmes règles. Autant les règles de la *fidejussio* étaient larges, autant celles de la *sponsio* et de la *fidepromissio* étaient étroites. Voyons les différences qui séparaient ces institutions diverses ; nous connaîtrons ainsi les causes qui les ont fait créer successivement.

A l'origine, la *sponsio* existait seule, mais comme elle n'était applicable qu'aux seuls citoyens Romains, on imagina la *fidepromissio*, forme nouvelle qui permit aux pérégrins de cautionner les dettes d'autrui.

Ces deux formes étaient soumises aux quatre règles suivantes :

*Première règle.* — Le *sponsor* et le *fidepromissor* ne pouvaient accéder qu'à une obligation verbale (Gaïus C^re III, § 119). Sans doute, au moyen d'une novation, on pouvait transformer en une dette *verbis* toute obligation née d'une autre cause, mais encore fallait-il que le débiteur voulût ou pût se prêter à cette transformation.

*Deuxième Règle.* — L'obligation du *sponsor* ou du *fidepromissor* ne passait pas à leurs héritiers (Gaïus, Comment. III § 120).

*Troisième Règle.* — L'obligation du *sponsor* ou du *fidepromissor* s'éteignait au bout de deux ans. (Gaïus, Comment. III § 121).

*Quatrième Règle.* — Une loi *Furia* divisait la dette de plein droit entre les divers *sponsores* existant au moment de l'échéance, solvables ou non. (Gaïus, III § 121.)

Ces quatre règles répondaient à un système général, longtemps en faveur à Rome, dans lequel on considérait l'emprunt comme un mal. Dès lors, on s'explique ces dispositions de lois rendant les obligations des *sponsores* aussi légères que possible, illusoires le plus souvent. Les débiteurs, pensait-on, trouveraient moins facilement à emprunter, si les garanties de paiement devaient être inefficaces ou peu sérieuses.

Ce système était mauvais; il ne tarda pas à disparaître. La pratique imagina la formule *fide tua jubesne ? fide-jubeo*, et avec cette dernière formule, des règles contraires à celles que nous venons d'exposer s'introduisirent dans la législation. C'est ainsi que l'obligation du fidejusseur devint perpétuelle, transmissible à ses héritiers; que le fidéjusseur put accéder à toute obligation principale, quelle qu'en fût la cause, civile ou naturelle; enfin, dans l'hypothèse où plusieurs fidéjusseurs avaient répondu pour le même débiteur, chacun s'obligea *in solidum*. La règle de la loi *Furia*, divisant de plein droit la dette entre les *sponsores* solvables ou non à l'échéance, qui pouvait être si préjudiciable au créancier, avait heu-

reusement disparu dans la *fidejussio*. Désormais, les droits du créancier étaient respectés, le crédit restauré.

II. *Mandatum pecuniæ credendæ*. — Cette deuxième forme du cautionnement, d'une création postérieure à la *fidejussio* se présentait sous la forme d'un mandat qu'un tiers qui jouait, en réalité, le rôle de caution, donnait au futur créancier de faire crédit au futur débiteur.

Cette forme nouvelle du cautionnement fut imaginée pour remédier à certaines règles trop rigoureuses, de la *fidejussio*. Nous reviendrons sur ce point, lorsque nous comparerons, au cours de notre étude, la *fidejussio* et le *mandatum pecuniæ credendæ*.

III. *Constitut*. — Le pacte de constitut, troisième forme de cautionnement, apparaît sous Auguste. Nous renvoyons, pour les causes de sa création et les détails que ce sujet comporte, à notre étude comparative entre la *fidejussio* et le *constitut*.

Nous nous proposons spécialement d'étudier les divers bénéfices qui furent successivement accordés aux fidéjusseurs, bénéfice de cession d'action, bénéfice de division, bénéfice de discussion.

La *fidejussio* avait été une réaction contre les règles de la *sponsio* et de la *fidepromissio* jugées insuffisantes comme instrument de crédit.

La *sponsio* et la *fidepromissio* avaient méconnu les droits du créancier, la *fidejussio* les respecta. Mais la même critique pouvait être faite à chaque institution; elles obéissaient toutes à une même pensée, protéger une partie aux dépens de l'autre. Une réforme s'imposait. Le législateur, tout en conservant au créancier ses droits et

ses sûretés, devait se préoccuper de la situation des fidéjusseurs, et chercher à l'améliorer. Jusque-là, il avait échoué. Le problème était-il insoluble? Non. Sans diminuer les sûretés du créancier, ne pouvait-il pas venir au secours des fidéjusseurs, adoucir leur sort? Ainsi le créancier avait des gages qui garantissaient le paiement de la dette. Le fidéjusseur était poursuivi. Pourquoi ne pas contraindre le créancier, désintéressé, à céder au fidéjusseur les gages qui assuraient l'exécution de l'obligation? Refuser au fidéjusseur cette cession, ce serait violer toute justice. La dette a été cautionnée par plusieurs fidéjusseurs; ils sont tous solvables.

L'équité ne commandait-elle pas que le créancier divisât ses poursuites? Lui causait-on un préjudice? Non, car il était intégralement désintéressé. Enfin, si le débiteur principal était en mesure d'acquitter la dette, pourquoi ne pas exiger du créancier qu'il discutât d'abord les biens de ce débiteur, avant de s'adresser au fidéjusseur? N'était-il pas naturel de demander le paiement de préférence à la personne que la dette intéressait?

Ces idées étaient justes; la jurisprudence et le législateur les consacrèrent, en créant les trois bénéfices de cession d'actions, de division, et de discussion. Etablis au profit des fidéjusseurs, ils furent étendus aux *mandatores pecuniæ credendæ* et aux *constituentes*. Ces bénéfices, véritables faveurs, étaient une dérogation aux principes généraux; un triomphe de l'équité sur le droit strict.

Notre étude comprendra trois chapitres. — Le premier chapitre aura pour objet le bénéfice de cession d'actions;

Le second chapitre sera consacré au bénéfice de division ; le troisième chapitre, au bénéfice de discussion.

Dans un appendice, nous comparerons la *fidejussio*, au point de vue de nos bénéfices, avec le *mandatum pecuniæ credendæ* d'une part, et avec le pacte de *constitut* d'autre part.

## CHAPITRE PREMIER

### DU BÉNÉFICE DE CESSION D'ACTIONS.

*L'adpromissio* étant un contrat unilatéral, le créancier n'était obligé, en aucune façon, vis-à-vis de la caution. Si celle-ci venait à payer, elle n'avait, de son propre chef, contre le débiteur principal, pour le recouvrement de ce qu'elle avait déboursé, que l'action *mandati contraria*, ou l'action *negotiorum gestorum contrario ;* mais elle ne pouvait pas recourir contre ses cofidéjusseurs et devait, par conséquent, supporter seule l'insolvabilité du débiteur principal. Il y avait là une grave lacune que la jurisprudence combla, en permettant au fidéjusseur qui payait le créancier, d'exiger de celui-ci la cession de ses actions contre le débiteur principal et les autres fidéjusseurs. Grâce à cette cession, la caution, non seulement, profitait des sûretés attachées à la créance cédée, mais elle pouvait encore exercer un recours contre ses cofidéjusseurs.

Nous verrons, dans notre étude, les difficultés sérieuses qu'eurent à surmonter, pour l'établissement de ce bénéfice, les jurisconsultes romains, et comment leur esprit délié et fertile en inventions subtiles en triompha.

Nous diviserons notre premier chapitre en trois sections.

Première section. — A quelle époque le fidéjusseur doit-il demander la cession des actions du créancier, et comment elle se réalise?

Deuxième section. — Quelles sont les conditions de la cession?

Troisième section. — Quelle est l'utilité et le but de la cession d'actions?

## Première section

*A quelle époque le fidéjusseur doit-il demander la cession des actions du créancier? et comment elle se réalise.*

1° Quand le fidéjusseur doit-il demander la cession? Il y a lieu, à ce sujet, de distinguer deux périodes, celle qui précédé et celle qui a suivi la Constitution de Justinien de l'an 531.

### 1° Période antérieure à la constitution de l'an 531.

Deux hypothèses peuvent se présenter: ou le fidéjusseur offre de payer le créancier, si celui-ci consent la cession, ou le fidéjusseur ne fait aucune offre de paiement. La première hypothèse est simple: le créancier refuse-t-il de céder ses actions, le fidéjusseur ne paiera pas la dette; le paiement éteindrait la dette et les accessoires. La seconde hypothèse, au contraire, présente de

sérieuses difficultés. Le créancier poursuit le fidéjusseur. Ici une question surgit. Pourquoi y a-t-il procès ? Si le fidéjusseur reconnaît sa dette, et se déclare disposé à payer, mais à une condition c'est que le créancier lui cède ses actions, le procès ne s'explique pas. Le magistrat, le plus souvent, refusera de délivrer une formule d'action au créancier. Mais on peut supposer que le fidéjusseur, de bonne foi peut-être, conteste le fait même de la fidéjussion, ou, sans en nier l'existence, en conteste l'étendue, et le juge le condamne.

Obligé de payer, le fidéjusseur peut-il encore se faire céder les actions du créancier, soit personnelles, soit réelles? Les premières sont éteintes. La *litis contestatio* a épuisé le droit du créancier. Comme à un seul droit est attaché une seule action, tous les obligés, débiteur principal, fidéjusseurs, sont libérés (Sent. Paul, Titre XVII, § 16). *Electo res principali, fidejussor vel heres ejus liberatur.*

Toute cession d'actions personnelles est donc impossible. Les actions réelles, au contraire, survivent à la *litis contestatio* (l. 13 § 4 D. XX. 1). Cela tient à ce que l'hypothèque relativement à sa constitution, à son extinction, est soumise à des règles particulières. La cession est donc toujours possible. Mais quels sont les moyens dont dispose le fidéjusseur pour contraindre le créancier à lui céder ses actions ? Des offres réelles doivent être faites par le fidéjusseur au créancier. Celui-ci refuse-t-il de céder ses actions, les offres seront retirées, et si alors le créancier intente l'action *judicati*, une ex-

ception de dol sera insérée dans la formule (l. 2, Code *de fidejussoribus*).

Nous venons de dire que le fidéjusseur, condamné à payer la dette, ne pouvait plus demander au créancier la cession des actions personnelles, la *litis contestatio* les ayant éteintes. La situation qui lui était ainsi faite était mauvaise. Peut-être était-il de bonne foi, en contestant, soit le fait de la *fidejussio*, soit son étendue. La pratique romaine, si fertile en expédients de toutes sortes, ne trouva-t-elle pas un moyen d'échapper aux conséquences rigoureuses de la *litis contestatio?* On pense que le fidéjusseur pouvait proposer au créancier une vente conditionnelle de ses droits : « Si je succombe, lui disait-il, vendez-moi vos actions pour un prix égal au montant de la condamnation. » Le paragraphe 1 du titre 23 *des instituts*, liv. III, autorise une vente de ce genre. Mais ne peut-on pas faire une objection? Sans doute, le prix de vente est certain, mais le jour où la condition se réalise, les actions à céder, objet de la vente, n'existent plus, la *litis contestatio* les a éteintes. Ne semble-t-il pas dès lors que cette vente soit impossible ?

M. Labbé, à son cours, a cité un second moyen consistant dans la délivrance d'une action *in factum*. Le fidéjusseur dira au créancier : « vendez-moi vos actions pour un prix à fixer. » On raisonne par analogie de ce qui avait lieu dans l'hypothèse où un débiteur avouait sa dette devant le magistrat, et qu'il fallait évaluer la chose due : une action *in factum* était délivrée. Il en sera de même dans notre espèce.

2° Période postérieure à la Constitution de l'an 531.

Une constitution, l. 28, au Code, liv. VIII, t. 41, a supprimé l'effet extinctif de la *litis contestatio* « d'aucune façon, dit le texte, le choix de l'un des fidéjusseurs ou du débiteur principal, pour être poursuivi, ne préserve les autres. » Désormais, le créancier aura autant d'actions qu'il y a d'obligés ; en poursuivant l'un d'eux, il ne perd nullement le droit d'agir contre les autres. Cela étant, le fidéjusseur peut demander utilement la cession des actions personnelles, après la *litis contestatio*.

2° Comment se réalise la cession des actions.

Le créancier doit céder les actions au fidéjusseur. Mais ici une difficulté se présente. Comment le créancier réalisera-t-il cette cession ? Le fidéjusseur, en payant ce qui est dû au créancier, éteint la dette et ses accessoires. La cession, il semble, est impossible (l. 36. D. liv. XLVI. t. 1). Cela serait exact, si le fidéjusseur faisait un paiement, mais, dit la même loi 36, il n'en est pas ainsi « *sed non ita est : non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad idipsum, ut præstet actiones* ». Cette vente est un expédient imaginé par les jurisconsultes pour faire passer les actions au fidéjusseur (loi 5, § 2. D. l. XX. T. 6).

En Droit romain, les créances sont incessibles. Comment dès lors le créancier, vendeur de ses droits, exécutera-t-il l'obligation qu'il a contractée envers le fidéjusseur ? La pratique romaine trouva le moyen d'échapper à la règle qui prohibait toute cession de créance. On imagina la *procuratio in rem suam*. Le créancier, avant tout

paiement (l. 76. D. liv. XLVI. tit. 3), donnait mandat au fidéjusseur de poursuivre, en son nom, les débiteurs, et il le dispensait de rendre compte : *si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur !* (1).

## Section II

### *Conditions de la cession.*

Le fidéjusseur doit payer toute la dette. C'est sous cette condition seulement que le créancier est tenu de céder ses actions. En droit français, quand le tiers-intervenant n'acquitte pas intégralement la dette, une subrogation partielle est possible. Mais à Rome, cela ne peut se présenter ; on évite ainsi tout conflit entre un créancier partiellement payé et un fidéjusseur subrogé. De nos jours, cette situation est prévue et réglée dans l'art. 1252 du code civil par le principe ; *nemo contra se subrogasse consetur.*

Le fidéjusseur disons-nous doit acquitter la dette *in solidum.* Dans une hypothèse prévue par la loi 2 au code (8. 41) de *fidejussoribus.* Le fidéjussseur peut être tenu de payer plus que la dette. Voici l'espèce : « un créancier, pour la même créance, a des sûretés personnelles et réelles. Il a le droit de s'adresser au fidéjusseur et de lui demander la dette, en lui cédant toutefois ses actions.

1. L. 13. D. liv. II, T. 14, *de pactis.*

Mais quand les mêmes biens ont été affectés, à son profit au paiement d'une seconde dette, il n'est pas tenu de céder ses actions hypothécaires, à moins qu'il ne reçoive le paiement de ce qui lui est dû . »

Cette solution s'explique de la manière suivante : Si le créancier cédait ses actions avant d'avoir obtenu le paiement de sa seconde créance, il ne serait plus que deuxième créancier hypothécaire ; le fidéjusseur, grâce à la cession des actions, aurait eu le premier rang. Or, à Rome, la situation du premier créancier hypothécaire était privilégiée , lui seul avait le droit soit de conserver, soit d'obtenir la possession de la chose engagée. Les autres créanciers hypothécaires se trouvaient dans une situation précaire ; voulaient-ils faire vendre la chose hypothéquée à leur profit, ils devaient préalablement désintéresser le premier créancier qui rendait, par sa possession, toute aliénation impossible.

On comprend, dès lors, pourquoi le créancier, dans notre espèce, a le droit d'exiger, du fidéjusseur, le paiement des deux dettes : la cession lui serait préjudiciable. Toutefois, il est permis de conjecturer que la prétention du créancier à réclamer le paiement de la seconde dette serait repoussée, si le fidéjusseur se contentait du second rang, car le raisonnement précédent serait détruit (1).

On peut supposer que le créancier, qui a reçu pour une première créance une hypothèque et un fidéjusseur, fait une seconde fois crédit au même débitur, mais sans exiger de sûretés réelles ou personnelles. Poursuivi en

1 M. Labbé, cours de *Pandectes*, 1882-1883

paiement de la première dette par le créancier, le fidéjusseur réclame la cession des actions. Le créancier a-t-il le droit de refuser toute cession, avant le paiement des deux dettes ? Nous voyons bien, dans une Constitution de Gordien (l. I. Code liv. VIII, T. 27), que le créancier peut refuser de restituer à son débiteur la chose engageé à une première dette, avant le paiement d'une seconde dette chirographaire, mais cette Constitution n'est opposable qu'au débiteur lui-même. Celui-ci ne peut, sans commettre un dol, enlever à son créancier la sûreté qu'il lui a accordée, avant d'acquitter sa deuxième dette ; il emploierait la valeur de la chose à désintéresser le créancier ; n'est-il pas préférable qu'il la lui laisse ? Nous déciderons donc que le fidéjusseur a droit à la cession des actions, sans être tenu de payer la seconde dette chirographaire ; cette dette, en effet, ne le regarde pas.

## Section III

### *Utilité et but de la cession des actions.*

#### 1° Utilité de la cession d'actions.

Le fidéjusseur, poursuivi par le créancier en paiement de la dette, exige préalablement la cession des actions. Quelle en peut-être l'utilité ? Enumérons les actions que le créancier peut avoir à l'occasion de la dette. Ces actions sont personnelles ou réelles : actions personnelles contre le débiteur principal et contre les autres fidéjusseurs ;

actions réelles enfin, au cas où des biens ont été engagés à la dette.

*a)*. — Traitons d'abord des actions personnelles : 1° contre le débiteur ; 2° contre les fidéjusseurs.

1° *Action du créancier contre le débiteur principal.* — Tout d'abord l'utilité qu'elle peut présenter n'apparaît pas facilement. Le fidéjusseur, n'a-t-il pas, de son chef, contre le débiteur principal, une action de bonne foi, l'action *mandati contraria,* lui donnant droit aux intérêts moratoires, avantage que ne lui procurerait pas l'action du créancier qui est généralement de droit strict. En supposant même que le créancier ait stipulé des intérêts, le fidéjusseur peut avoir avantage à intenter de préférence l'action *mandati*, au cas où il a été contraint, pour payer la dette, d'emprunter à un taux plus élevé que le débiteur principal.

Par cette action, en effet, il sera indemnisé complétement de toutes ses dépenses.

Cependant, dans quelques hypothèses, la cession de l'action personnelle du créancier sera utile. Le fidéjusseur, par exemple, a perdu son action ; l'action cédée lui permettra de recourir contre le débiteur. Ou bien, le créancier a contre le débiteur une action susceptible de croître au double, en cas d'*infitiatio*, action *legis aquiliæ*, *Judicati*, etc. Enfin, sous le système formulaire, la *condictio certi* offre au fidéjusseur un avantage particulier : c'est la *sponsio pœnalis tertiæ partis,* dont nous parle Gaïus § 171. Comment. IV. Chaque partie a le droit, *in jure,* d'exiger de son adversaire une *sponsio pœnalis tertiæ,* de sorte que celui qui succombe perd, outre l'intérêt en-

gagé dans le procès, une somme égale au tiers de la somme litigieuse. Grâce à cette procédure, le fidéjusseur peut obtenir non seulement le paiement de la somme, mais encore le tiers de la somme litigieuse. On voit, par suite, l'intérêt du fidéjusseur à invoquer la *condictio* qui compète au créancier.

2° *Actions contre les fidéjusseurs.* — Le débiteur principal a fourni plusieurs garants. Le créancier a cédé ses actions au fidéjusseur qu'il a poursuivi. Celui-ci a le droit d'agir contre ses co-fidéjusseurs, recours utile, si le débiteur principal est insolvable.

Ce recours cependant a été contesté. Un savant interprète du droit Romain, de Savigny (1), n'admet pas que le fidéjusseur, cessionnaire des actions du créancier ait le droit d'agir contre ses cofidéjusseurs. Exposons cette controverse. De Savigny invoque, à l'appui de son opinion, deux textes, la loi 11. Code, liv. VIII, t. 41, et le § 4, tit. 20 aux Instituts, liv. III.

La loi 11 au Code dit que le fidéjusseur qui a payé toute la dette n'a aucune action contre les garants. En s'obligeant, il a fait, en effet, l'affaire seulement du débiteur principal et non celle de ses cofidéjusseurs. Le texte continue : « vous avez pu, après avoir payé la dette envers le fisc, demander que le gage vous fût transféré, et vous pouvez vous servir des actions cédées. » Ainsi, d'après le texte, le fidéjusseur a action contre les détenteurs des biens hypothéqués. Ne semble-t-il pas en résulter que toute action contre les fidéjusseurs lui était refusée ?

1. Obli. III, p. 25.

Le § 4, aux Instituts, titre *de fidej.*, s'exprime ainsi : « si un créancier a exigé le paiement d'un fidéjusseur et que le débiteur principal soit insolvable, ce paiement tournera au préjudice du fidéjusseur, coupable de n'avoir pas demandé que les actions fussent divisées. » Comme on le voit, le texte est muet sur la cession des actions.

Ce système, dit Savigny, est rationnel. Il est naturel de refuser au fidéjusseur qui a payé la dette tout recours contre ses cofidéjusseurs ; ils sont, en effet, étrangers les uns aux autres. Que le fidéjusseur, pour assurer son recours contre le débiteur principal, ait le droit d'exiger la cession des actions, cela se comprend, il y a là une raison de recours qui fait défaut entre fidéjusseurs.

Notre éminent maître, M. Labbé, à son cours de *Pandectes*, a repoussé ce système. Il réfute ainsi les arguments tirés des deux textes cités. La loi 11 se place dans l'hypothèse où le fidéjusseur a négligé de demander la cession ; il est condamné à payer. La *litis contestatio* a libéré les cofidéjusseurs, et rendu impossible toute cession d'actions personnelles. Mais les droits d'hypothèque sont restés intacts, et la cession peut en être demandée. Le texte des Instituts ne prouve rien contre opinion ; il reproduit Gaïus, et Gaïus ne parlait pas du bénéfice de cession d'actions. Sans doute, ce bénéfice existait de son temps, mais Gaïus qui était Sabinien, reproduit toujours le droit ancien.

A l'appui de l'opinion contraire à celle de Savigny, nous pouvons citer un texte formel : la loi 39, livre 46, tit. 1 ainsi conçue : « Si de plusieurs fidéjusseurs de la même dette, l'un a été forcé de payer, et que les actions ne lui

aient pas été cédées, les autres fidéjusseurs ne peuvent être poursuivis. » Ce texte est clair. Que répond de Savigny? La cession est volontaire. Avec M. Labbé, nous dirons : ou le recours est contre le droit, et alors la cession volontaire est inefficace ; ou il n'est pas contre le droit que le fidéjusseur ait un recours contre les cofidéjusseurs, et alors pourquoi ne pas rendre la cession obligatoire? Enfin l'idée du recours est conforme à l'esprit du droit romain. Nous en voyons la preuve dans les lois Apuléia, Furia, Cicereia ; la première (Gaïus III, Comment. § 122) établissant une société entre les *sponsores ;* la seconde divisant la dette de plein droit entre les garants, au jour de l'échéance ; enfin la troisième prescrivant au créancier d'indiquer au *sponsor* qui s'obligeait envers lui le nombre et les noms des garants, cela afin que les rapports entre les divers répondants fussent plus faciles.

*b. — Actions réelles.* Des biens ont été engagés à la dette, soit par le débiteur, soit par un tiers. Le fidéjusseur aura intérêt à invoquer ces actions, surtout si le débiteur principal est insolvable.

Examinons successivement nos deux hypothèses ; *a.* les sûretés réelles ont été accordées par le débiteur ; *b.* elles ont été accordées par un tiers.

*a. C'est le débiteur lui-même qui a affecté ses biens au paiement de la dette ; il a remis un gage au créancier, ou il a grevé tel bien d'une hypothèque.*

S'agit-il de biens donnés en gage, le créancier les remettra au fidéjusseur. Que si des biens ont été hypothéqués, il lui donnera mandat d'exercer les actions hypothé-

caires ou quasi-serviennes qui lui compètent, en le dispensant, bien entendu, de rendre compte.

Avant la novelle IV de Justinien, il importe peu que les biens hypothéqués par le débiteur aient été aliénés par lui, ou soient restés en sa possession; le fidéjusseur aura toujours le droit d'agir hypothécairement, quel que soit le détenteur du bien engagé. Mais, après la novelle IV, une distinction s'impose. Les biens grevés d'hypothèques sont-ils restés entre les mains du débiteur principal, le fidéjusseur peut invoquer les actions cédées; sont-ils, au contraire, entre les mains d'un tiers détenteur, la cession des actions est inutile. En effet, d'après la Novelle : « le créancier ne peut agir contre les tiers possesseurs des biens hypothéqués qu'après que les débiteurs accessoires ont été discutés et leur insolvabilité établie. » Or la solvabilité, en cas de paiement par le fidéjusseur, existe. Aucun recours contre les tiers n'est possible. S'il en était autrement, le fidéjusseur, cessionnaire des actions du créancier, aurait plus de droits que son cédant, ce qui est inadmissible.

*b. Les sûretés ont été accordées par un tiers.*

Laissons de côté l'hypothèse où le tiers constituant a remis au créancier un gage, elle est simple: Le créancier, une fois désintéressé par le fidéjusseur, cèdera à celui-ci le gage même, garantie de la dette. Mais, supposons qu'un bien ait été hypothéqué à la dette; le tiers constituant est caution réelle. Avant la novelle IV, le fidéjusseur cessionnaire aura le droit d'agir, soit contre la caution réelle, soit contre l'acquéreur de la chose hypo-

théquée. Mais que décider après la novelle ? L'ayant cause de la caution est, sans contredit, à l'abri de tout recours, mais la caution elle-même en est-elle affranchie? En d'autres termes, peut-elle invoquer la novelle IV? Il faut admettre la négative pour les raisons suivantes. En premier lieu, la novelle ne vise pas notre hypothèse. Que dit le texte? « *res debitorum si ab aliis detineantur.* » Or, tel n'est pas le cas qui nous occupe. La chose grevée n'est pas entre les mains d'un tiers, elle est détenue par celui-là même qui l'a engagée. En outre, si l'on recherche quels ont été les motifs de la réforme de Justinien, il est impossible de permettre à la caution réelle de se prévaloir de la novelle. En effet, le but de Justinien a été de venir au secours des acquéreurs qui pouvaient ignorer, les hypothèques étant occultes, que le fonds était grevé. Dans ces conditions, la novelle ne peut être invoquée par la caution ; c'est elle-même qui a constitué l'hypothèque, elle n'en ignore pas l'existence.

2°. — But de la cession d'actions.

La cession d'actions a pour but de faire obtenir au fidéjusseur un recours efficace. Peut-il lui faire obtenir plus que ce qu'il a déboursé? Ainsi le fidéjusseur a obtenu la cession a un prix moindre que le montant de la dette. Aura-t-il le droit d'exiger du débiteur toute la somme due ? En principe, non, il ne peut réclamer que ses déboursés. Toutefois, il en serait autrement, si le fidéjusseur établissait que le créancier a eu l'intention de lui faire cadeau du surplus de la dette. Ulp. l. 10, § 13, 17, 1 : « *Si fidejussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto, si fidejussorem remunerare voluit credi-*

*tor, habere eum mandati actionem.* » Nous ne mentionnerons pas, comme une exception au principe posé, le cas où le fidéjusseur, intentant la *condictio certi* qui compétait au créancier, obtient, en outre de la somme due, le tiers de la dette ; il y a là une peine subie par le débiteur de mauvaise foi, se rattachant à la façon dont le procès a été soutenu et qui ne contrarie en rien notre principe.

La cession d'actions a pour but d'assurer au fidéjusseur un recours efficace. Cela implique que le fidéjusseur a le droit de réclamer au débiteur principal ses déboursés.

Que si tout recours lui est refusé, la cession d'actions lui sera inutile. Donnons quelques exemples :

1° Le fidéjusseur est intervenu dans la dette, *in rem suam ;* le débiteur principal, en réalité, est un *intercessor*. En pareille hypothèse, le fidéjusseur ne peut invoquer la cession d'actions (l. 24, liv. II. D. tit. 14). « *Si fidejussor in rem suam spopondit, hoc casu fidejussor pro reo accipiendus est : et pactum cum eo factum cum reo factum esse videtur.* »

2° Un fidéjusseur a cautionné, *animo donandi*, la dette d'autrui (l. 32, liv. II. D. tit. 14).

3° Le fidéjusseur qui a acquitté la dette a négligé d'avertir le débiteur principal, et celui-ci dans l'ignorance de ce paiement, a payé une seconde fois le créancier. Le fidéjusseur peut-il agir contre le débiteur principal ?

L'indû à été payé au créancier, mais à qui la *condictio indebiti* sera-t-elle dévolue ? Est-ce au débiteur principal ou au fidéjusseur qui est en faute de n'avoir pas prévenu le débiteur du paiement de la dette ? Supposons le créancier

insolvable, et l'intérêt de la question apparaît. La loi (29, § 3. D. liv. XVII, tit. 1), refuse au fidéjusseur tout recours. Agit-il contre le débiteur principal par l'action *mandati contraria*, celui-ci rendra la poursuite inutile en offrant de céder la *condictio indebiti* qu'il a contre le créancier. La solution serait la même si le fidéjusseur invoquait la cession d'actions.

4° Le fidéjusseur est intervenu contre la volonté du débiteur principal. Il acquitte la dette, et se fait céder les actions. Peut-il recourir contre le débiteur? En général, on refusait au fidéjusseur, soit l'action de gestion d'affaires (l. 40 liv. XVII. D. Tit. 1), soit même la *condictio sine causa* pour le montant de l'enrichissement réalisé sans cause par le débiteur principal ; c'est l'avis de Paul et de Pomponius. Le fidéjusseur, disait-on, en cautionnant la dette, malgré le débiteur principal, avait voulu perdre son argent. Dès lors logiquement on doit décider que la cession des actions aura été inutilement consentie au fidéjusseur. Telle est la pensée de notre savant maître M. Labbé.

La solution précédente n'a pas été adoptée par notre ancienne jurisprudence française. Elle a paru contraire à l'équité. Le fidéjusseur avait un recours jusqu'à concurrence du profit que retirait indûment le débiteur principal.

Dans toutes les hypothèses que nous venons de passer en revue, le fidéjusseur peut-il exiger la cession des actions? Une distinction doit-être faite. Est-il certain que le fidéjusseur ne doit avoir aucun recours, ainsi le magistrat est convaincu que le fidéjusseur s'est obligé *in rem suam*

ou *animo donandi;* la cession sera justement refusée; y a-t-il au contraire doute sur le recours du fidéjusseur, la cession sera accordée, toute réserve faite sur son efficacité.

Le créancier, une fois désintéressé, doit céder, avons nous dit, au fidéjusseur, toutes ses actions. Observons que la cession aura seulement pour objet, les actions qui peuvent passer à autrui, et non celles qui sont exclusivement attachées à la personne du créancier et, comme telles, intransmissibles. Un pupille agissant en reddition de compte poursuit le fidéjusseur de son tuteur. Devra-t-il lui céder le *privilegium inter personales actiones* qu'il a sur les biens de son tuteur? La loi 42. D. liv. 26. Tit 7 s'exprime ainsi: « de plusieurs tuteurs l'un a été poursuivi et condamné pour le tout; il ne pourra pas se prévaloir du *privilegium* qui appartient aux pupilles, car ce privilège est accordé non à une créance, mais à une personne qui mérite une faveur particulière. » Or en cas de paiement, la personne du créancier disparaît, le privilège de même s'évanouit. Le fidéjusseur, cessionnaire des actions du pupille, ne pourra donc se prévaloir du *privilegium*, aucune subrogation n'est possible à ce sujet.

Vers le bas Empire, un empereur, Constantin sans doute, accorda aux pupilles une hypothèque tacite et générale sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs. Pour comprendre l'utilité de cette hypothèque, il faut se rappeler que le *privilegium* était opposable aux créanciers chirographaires seulement. Le tuteur avait-il hypothéqué ses biens, ou les avait-il aliénés, le pupille était primé par le créancier hypothécaire et perdait tout droit de suite.

L'hypothèque tacite et générale que créa le droit impérial remédia à cette situation.

A la différence du *privilegium*, cette hypothèque passera au fidéjusseur subrogé. Nous voyons à la loi (1, Code 4, 53) que, souvent, les tuteurs conféraient une hypothèque sur leurs biens au profit de leurs pupilles; cette hypothèque conventionnelle était cessible; or, l'hypothèque légale accordée aux pupilles résultait d'une convention tacite, le fidéjusseur, cessionnaire des droits du pupille, peut, dès lors, invoquer cette hypothèque.

Terminons notre matière par une observation. Le créancier doit céder au fidéjusseur qui les requiert, afin de lui permettre d'agir efficacement contre le débiteur principal, toutes les actions transmissibles qu'il possède au moment du paiement. Mais il les cèdera telles qu'il les a actuellement. En a-t-il altéré la force, soit parce qu'il a fait remise à l'un des coobligés, soit parce qu'il a laissé un tiers acquéreur d'un bien hypothéqué prescrire l'hypothèque, aucun reproche ne peut lui être fait; il était libre de conserver ou de perdre les sûretés stipulées, le contrat *verbis* intervenu entre lui et le fidéjusseur n'obligeant que ce dernier.

Cette solution, que nous admettons comme certaine, résulte clairement de la loi 15, § 1. D. liv. XLVI. Tit. 1. Voici l'espèce prévue : deux fidéjusseurs ont garanti une dette de 20. Le créancier, moyennant la somme de 5, renonce au droit d'agir contre l'un des fidéjusseurs. L'autre fidéjusseur reste tenu, mais pour 15 seulement. Le pacte intervenu nuit évidemment au second fidéjusseur. En vain, celui-ci se ferait-il céder les actions, il ne peut

recourir contre son fidéjusseur ; il serait repoussé par une exception de dol. C'est donc que le créancier avait le droit de disposer des actions, sans aucune restriction.

Remarquons que le créancier qui poursuit le fidéjusseur doit déduire de la dette les 5 qu'il a déjà reçus de l'autre fidéjusseur. Cette solution que notre Code civil a reproduite (art. 1288) est justement critiquée. Le créancier a renoncé, moyennant un prix de 5, au droit de poursuivre tel fidéjusseur. Il a diminué ses garanties de paiement, il court donc le risque de perdre ; il serait juste qu'il courût la chance de gagner, et cependant il doit imputer les 5 qu'il a reçus sur le montant de la dette ! Quel pouvait être le motif de cette disposition ? On ne voulait pas permettre au créancier d'obtenir par ce procédé plus que ce qui lui était dû.

A l'appui de la règle formulée plus haut, à savoir que le créancier n'est plus tenu de conserver ses actions, on peut encore citer la loi 25. Code liv. VIII, tit. 41. Ce texte toutefois est un peu obscur et a donné lieu à plusieurs interprétations ; il est ainsi conçu : « *Pignoribus datis a reo principali distractis, nec post longi temporis intervallum residuum a fidejussore creditor pater prohibetur.* » Nous traduisons : « une hypothèque a été donnée par le débiteur principal, et celui-ci a aliéné l'immeuble. L'acheteur peut prescrire l'hypothèque ; le créancier demandera alors au fidéjusseur ce qui est dû. » Dans l'espèce, le créancier a certainement diminué ses sûretés ; par suite, il a compromis le recours du fidéjusseur, et cependant celui-ci est tenu d'acquitter la dette ; il n'est

nullement fondé à se plaindre du préjudice que le créancier a pu lui causer par sa négligence.

Le texte précité, disons-nous, est diversement interprété. On a soutenu que la vente dont il est question dans le texte émanait du créancier lui-même. Hypothèse inadmissible. Si la vente émanait du créancier, l'hypothèque tombant immédiatement, l'acheteur de la chose engagée ne prescrirait pas.

---

## CHAPITRE II

### DU BÉNÉFICE DE DIVISION

Le bénéfice de cession d'actions, créé par la jurisprudence romaine, améliorait, dans une certaine mesure, la condition des fidéjusseurs, ce premier adoucissement ne resta pas isolé. Un second bénéfice, dû à l'Empereur Adrien, fut bientôt introduit dans la législation ; c'est le bénéfice de division.

Comme nous l'avons vu, quand plusieurs personnes avaient répondu pour le débiteur principal, le créancier avait la faculté de poursuivre l'une d'elles pour le tout. Sans doute, le fidéjusseur actionné pouvait se faire céder les actions du créancier, mais à la condition, onéreuse souvent, de payer intégralement la dette. Grâce à cette cession, le fidéjusseur avait le droit de recourir contre ses cofidéjusseurs solvables, et de demander à chacun sa part de dette. N'était-il pas plus naturel de contraindre le créancier à diviser ses poursuites entre les fidéjusseurs ? Aucun préjudice ne lui était causé ; la division, en effet, d'après le rescrit de l'Empereur Adrien, n'avait lieu qu'entre les fidéjusseurs solvables au moment de la *litis contestatio*.

La division de la dette entre les divers promettants n'était pas une innovation dans la matière du cautionne-

ment. Déjà une loi Furia avait divisé la dette entre les *sponsores*. Toutefois, le système établi par cette loi différait beaucoup de celui créé par le rescrit d'Adrien. D'après la loi Furia, la division avait lieu de plein droit entre les *sponsores* existants au moment de l'échéance, solvables ou non. Au contraire, d'après le rescrit, la division a lieu entre les fidéjusseurs solvables au moment de la *litis contestatio*.

Il est facile de comprendre la supériorité pratique du second système. L'insolvabilité des débiteurs accessoires, avec la loi Furia, retombe sur le créancier ; avec le rescrit d'Adrien, elle retombe sur le fidéjusseur solvable, disposition plus juste, car elle respecte les sûretés stipulées par le créancier.

Nous diviserons l'étude du bénéfice de division en quatre sections.

Première Section. — Quels fidéjusseurs peuvent invoquer le bénéfice de division, et quels fidéjusseurs ne le peuvent pas ?

Deuxième Section. — Entre quels fidéjusseurs a lieu la division ?

Trósième Section. — A quel moment le bénéfice doit-il être invoquée ?

Quatrième Section. — Quels sont les effets du bénéfice de division ?

## Première Section

*Quels fidéjusseurs peuvent invoquer le bénéfice de division ? Quels fidéjusseurs ne le peuvent pas ?*

1° Quels fidéjusseurs peuvent invoquer le bénéfice de division ?

Tout fidéjusseur qui satisfait aux deux conditions suivantes, peut invoquer en principe le bénéfice de division :

1° S'il s'est obligé pour le tout ;

2° S'il s'est obligé pour le même débiteur.

Reprenons ces deux conditions.

*Première condition.* — Il faut que les fidéjusseurs se soient obligés chacun pour le tout. C'est ce qui résulte de la loi 51 pr. à notre titre. *Inter eos fidejussores actio dividenda est, qui solidum et partes viriles fide sua esse jusserunt.*

Si les fidéjusseurs promettent *solidum aut partes viriles*, il n'y a pas lieu d'invoquer le rescrit d'Adrien ; ils ne doivent chacun qu'une part virile, car il est de principe, dans les obligations alternatives, que l'on doit considérer seulement celle qui est le moins onéreuse pour le débiteur.

*Deuxième condition.* — Les fidéjusseurs doivent être intervenus pour le même débiteur. Cette décision est confirmée par la loi 51 § 2 à notre titre. Deux débiteurs coréaux ont donné chacun un fidéjusseur au créancier.

Celui-ci ne peut être contraint à diviser ses poursuite entre les deux fidéjusseurs, car il ne se sont pas obligé pour le même débiteur.

La loi 43 nous donne encore un exemple où le bénéfice de division ne peut être invoqué, pour le motif que nous venons de donner. Je stipule de Titius et vous vous portez fidéjusseur ; je stipule ensuite la même somme de Sempronius, et je reçois également un fidéjusseur. Vous ne pouvez invoquer le bénéfice de division, car vous n'êtes pas le cofidéjusseur de celui qui a répondu pour Sempronius.

Notre règle est appliquable au certificateur de la caution, *fidejussor fidejussoris*. La loi 27 § 4 à notre titre prévoit deux hypothèses : 1° mon débiteur m'a donné un fidéjusseur, et celui-ci a fourni un certificateur. Ce dernier ne peut demander la division de la dette entre lui et le fidéjusseur parce que, dit le texte, le fidéjusseur cautionné est lui-même un débiteur principal vis-à-vis du fidéjusseur qu'il a donné, et la division ne s'opère pas entre le débiteur et son fidéjusseur ; 2° Mon débiteur m'a donné deux fidéjusseurs, Primus et Secundus, et l'un d'eux, Primus, présente Tertius, comme sous-fidéjusseur. Si je poursuis ce dernier, je devrai bien diviser mon action entre lui et le cofidéjusseur du fidéjusseur qu'il a cautionné; mais non entre lui et le fidéjusseur certifié, et cela pour la raison même que nous avons donnée sous la première hypothèse.

### 2° Quels fidéjusseurs, par exception, ne peuvent invoquer le bénéfice de division ?

Les fidéjusseurs privés du droit d'invoquer le bénéfice de division sont :

1° Ceux qui ont nié leur dette ; 2° ceux qui ont répondu pour le tuteur ; 3° ceux qui ont renoncé au bénéfice.

*Première exception.* — Ne peut invoquer le bénéfice le fidéjusseur qui a nié sa dette.

La loi 10, § 1 à notre titre au Dig. s'exprime ainsi : « *Ita demum inter fidejussores dividitur actio, si non inficientur, nam inficiantibus auxilium divisionis non est indulgendum.* » Le bénéfice, dit ce texte, est une faveur ; il est naturel de ne l'accorder qu'au fidéjusseur qui se reconnaît débiteur, et non à celui qui de mauvaise foi, nie l'existence de son obligation.

Remarquons que notre bénéfice n'est refusé qu'au fidéjusseur qui a nié de mauvaise foi. En conséquence, le fidéjusseur qui, de bonne foi, nie la dette, conservera le droit au bénéfice. Le fidéjusseur peut être de bonne foi, dans les circonstances suivantes : Héritier, il ignore que le *de cujus* a cautionné la dette d'autrui, ou il croit que la dette a été payée ; il serait injuste de lui retirer la faveur, *auxilium divisionis*, dont parle le texte, car l'erreur qu'il a commise est excusable.

*Deuxième exception.* — Les fidéjusseurs que le tuteur a fournis au pupille n'ont pas droit au bénéfice de division. Cette exception est indiquée par la loi 12. D. liv. XLVI, T. 6. Quel peut être le motif de cette dérogation au droit commun ? Papinien, au texte, nous les indique. Le pupille n'a pas choisi son tuteur, il l'a reçu : « *incidit in tutorem.* » Il en est de même des fidéjusseurs, ils lui ont été donnés, il ne les a pas choisis. Dès lors, on n'a pas cru devoir imposer à l'enfant l'obligation d'ouvrir plusieurs instances, au sujet d'une même cause, la red-

dition de compte, « *ne ex una tutelæ causa plures ac variæ quæstiones apud diversos judices constituerentur.* » Du reste, il est bon de remarquer que le fidéjusseur poursuivi pour le tout pourra obtenir la cession des actions contre ses cofidéjusseurs, et que, si l'action est intentée par un autre que par le pupille, le droit commun reprendra son empire et la division pourra être invoquée.

La loi 7 (D. liv. XXVII. tit. 7) paraît contredire notre règle. Il n'en est rien. Comme nous allons le voir, les fidéjusseurs de la loi 7 sont des fidéjusseurs ordinaires, rentrant dans le droit commun. Voici l'espèce prévue : plusieurs fidéjusseurs ont répondu pour le tuteur ; l'ex-pupille les poursuit. Dans le but d'éviter une avance de fonds, ils donnent mandat à l'ex-pupille de discuter préalablement l'ex-tuteur, lui promettant, sur stipulation, de l'indemniser, s'il n'est pas intégralement remboursé par son ex-tuteur. La discussion une fois faite, l'enfant qui n'est point désintéressé se retourne contre les fidéjusseurs. Ceux-ci ont-ils le droit d'invoquer le bénéfice de division? Le texte répond affirmativement. L'ex-pupille, en effet, n'est plus en présence de fidéjusseurs d'un tuteur ; le mandat qu'ils ont donné à l'enfant, et que celui-ci a accepté, a fait d'eux des fidéjusseurs ordinaires, leur obligation ancienne étant, en effet, remplacée par une nouvelle dette. Ils sont dès lors, conformément au droit commun, autorisés à faire diviser les poursuites.

Dans le texte cité, on lit : « *quod onus fidejussorum susceptum videretur.* » Il est assez difficile de déterminer le

sens exact de ces dernières expressions. M. Demangeat (1) propose l'interprétation suivante : « parce que les garants sont censés avoir pris le rôle de fidéjusseurs ordinaires. » Selon Pothier, ces expressions signifient que l'ex-pupille prend à sa charge de poursuivre le tuteur, à la place des fidéjusseurs. Si le mandat, en effet, dont parle le texte, n'avait pas été donné, ou n'avait pas été accepté par l'ex-pupille, celui-ci aurait eu le droit de demander à l'un quelconque des fidéjusseurs, tout ce qui lui était dû, et alors le fidéjusseur aurait eu son recours contre le tuteur pour se faire rembourser.

*Troisième exception.* — Les fidéjusseurs qui ont renoncé au bénéfice ne peuvent l'invoquer.

La renonciation au bénéfice peut être expresse ou tacite.

*a.* — *Renonciation expresse.* — Aucun texte ne le permet. Il y a lieu cependant de la déclarer valable, pour les motifs suivants ; comme nous allons le voir, la renonciation tacite est possible, à plus forte raison doit-on reconnaître la validité d'une renonciation expresse. Le bénéfice de division, en outre, constitue une faveur pour le fidéjusseur ; celui-ci doit avoir le droit de renoncer à une disposition qui a été établie dans son intérêt, loi 29 Code liv. II, tit. 3 : « *Regula est juris antiqui, omnes licentiam habere, his, quæ pro se introducta sunt, renuntiare.* »

*b.* — *Renonciation tacite.* — Elle a lieu dans les cas suivants : 1° Le fidéjusseur néglige d'invoquer *in jure* le bénéfice de division, et se laisse condamner pour le tout. Instit. § 4, *de fidej.* Il a renoncé tacitement au bénéfice.

1. *De duob reis*, p. 188.

Le débiteur est-il insolvable, lui seul supportera la perte, car il est coupable de n'avoir pas invoqué le rescrit d'Adrien.

2° Le fidéjusseur a payé toute la dette ; il ne peut répéter les sommes qui excèdent la part qu'il aurait payée, s'il avait fait diviser les poursuites. La loi 49, § 1, *in fine*, à notre titre le dit formellement. Voici l'espèce prévue : deux fidéjusseurs ont cautionné une dette de 20; l'un d'eux meurt laissant deux héritiers, Primus et Secundus. Primus paie toute la dette, soit 20, au créancier. La dette s'étant divisée de plein droit entre les deux héritiers, il est certain que l'indû a été payé pour moitié ; aussi le texte accorde-t-il la *condictio* au *solvens* pour 10. Mais la répétition sera restreinte à cette somme. Le *solvens* ne peut prétendre que s'il avait invoqué le bénéfice de division, du chef du fidéjusseur décidé, il n'aurait payé que 5, et qu'en conséquence, il a le droit de répéter 15. En payant, il a tacitement renoncé au bénéfice de division.

Que décider dans l'hypothèse où les fidéjusseurs se sont obligés *in solidum?* Cette clause contient-elle une renonciation tacite au bénéfice de division? La question fut posée aux empereurs Sévère et Antonin, et la réponse fut négative : loi 3, Code, *de fidejussoribus*. Le rescrit donne pour raison que la clause *in solidum* ne changeait rien à la position des fidéjusseurs, que ceux-ci seraient tenus pour le tout, même au cas où cette clause ferait défaut : « *Nam et quum hoc non adjiciatur, singuli tamen in solidum tenentur : sed ubi sunt omnes idonei, in portionem obligatio dividitur.* »

## Section II

*Entre quels fidéjusseurs a lieu la division.*

Le rescrit d'Adrien a pour but de venir au secours des fidéjusseurs qui bienveillamment, s'obligent pour autrui, mais non de diminuer les sûretés accordées au créancier. Dès lors, la division de la dette ne peut avoir lieu qu'entre les personnes solvables. C'est ce qui résulte de la loi 26 à notre titre : « *Inter fidejussores, non ipso jure dividitur obligatio ex epistola divi Adriani. Et ideo, si quis eorum ante exactam a se partem sine herede decesserit, vel ad inopiam pervenerit, pars ejus ad cœterorum onus respicit.* »

Ainsi, un fidéjusseur est-il insolvable, sa part sera à la charge de ses cofidéjusseurs. Au point de vue de la division, il est traité comme s'il n'était jamais intervenu. A cet égard, le rescrit d'Adrien diffère beaucoup de la loi Furia. D'après cette dernière loi, la dette se divise de plein droit entre tous les *sponsores* ou *fidepromissores* existants à l'échéance, solvables ou non ; si l'un d'eux « *ad inopiam pervenerit,* » son insolvabilité est supportée exclusivement par le créancier. Au contraire, avec le rescrit d'Adrien, l'insolvabilité d'un des fidéjusseurs est à la charge des fidéjusseurs solvables au moment de la *litis contestatio*. Cette disposition est éminemment équitable, parce qu'elle tient compte du respect qui est dû aux conventions des parties et des exigences du crédit.

Comment apprécier la solvabilité des fidéjusseurs. La loi 27, § 2, à notre titre, dispose qu'elle se détermine par l'importance des biens du fidéjusseur et de son sous-fidéjusseur.

Mais à quel moment cette solvabilité doit-elle exister? Le paragraphe 4, *de fidejussoribus*, aux Instituts, répond : *Sed ex epistola divini Adriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere : ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerat.* » Ainsi la division s'opère entre les fidejusseurs solvables au moment de la *litis contestatio*. Telle est la règle. Examinons l'application qu'elle peut recevoir, dans la pratique. Nous supposons que le créancier poursuit l'un des fidéjusseurs pour le tout. Celui-ci invoque le rescrit d'Adrien, prétendant que ses cofidéjusseurs sont solvables.

Trois hypothèses sont possibles :

1° La solvabilité des cofidéjusseurs est certaine pour le magistrat. Celui-ci ne délivrera une formule contre le fidéjusseur poursuivi que pour la part qu'il doit supporter dans la dette.

2° L'insolvabilité des cofidéjusseurs est certaine. Le magistrat délivrera une formule pour toute la dette.

3° La solvabilité est douteuse. Comment les choses vont-elles se passer?

Nous voyons, à la loi 10 princip. à notre titre, que le fidéjusseur peut recourir à l'expédient suivant : ne voulant pas ou ne pouvant pas payer toute la dette, il dit au créancier : « divisez votre action entre les fidéjusseurs, et au besoin, je suis là pour vous indemniser. » Le créancier

doit-il accepter le mandat que lui donne le fidéjusseur ? Le texte répond affirmativement, mais sous la double condition que les fidéjusseurs soient présents, et que des garanties lui soient données. Alors, de deux choses l'une, ou le créancier reçoit de chaque fidéjusseur la part qui lui incombe ou il n'est pas payé, auquel cas il recourra contre le fidéjusseur, son mandant, par l'action *mandati contraria*. Rappelons ici que notre loi pourrait nous fournir un argument de plus contre le système soutenu par M. de Savigny, d'après lequel, le fidéjusseur qui a payé toute la dette n'a aucun recours contre ses cofidéjusseurs. Que dit, en effet, le fidéjusseur poursuivi, au créancier ? « Agissez en mon nom ; faites ce que je ferais moi-même si j'étais en état de payer. » Comment le mandataire pourrait-il avoir des droits que le mandant n'aurait pas ?

Si le fidéjusseur ne peut user du procédé dont nous venons de parler, le préteur délivrera contre lui la formule pour toute la somme due, mais en la modifiant par l'exception *nisi et illi solvendo sint*, et alors deux hypothèses sont possibles : le fidéjusseur ne justifie pas son exception, ou il la justifie. Au premier cas, il est condamné à payer la dette entière, mais *quid*, dans le second cas ? sera-t-il absous ? Sera-t-il seulement condamné pour partie ? Nous pensons que le juge ne peut absoudre le défendeur, il doit le condamner à payer sa part de dette.

L'exception invoquée par le fidéjusseur est une de celles qui tendent non à absoudre le défendeur, mais à diminuer le montant de la condamnation, « *exceptio est conditio, quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.* » L. 22. D. liv. 44, T. 1. Dans l'espèce,

les choses doivent se passer absolument comme si la solvabilité avait été établie devant le magistrat. Or, nous l'avons vu, en pareil cas, le magistrat délivrait une formule contre le fidéjusseur poursuivi pour la part qu'il devait supporter dans la dette.

Une seconde question, non moins grave que la première, s'élève : la *litis contestatio* ne libère-t-elle pas les autres fidéjusseurs ? Si l'on s'en tient aux principes rigoureux du droit, l'affirmative est certaine. Mais un pareil résultat ne serait-il pas choquant, d'autant plus que le créancier qui a refusé de diviser ses poursuites pouvait avoir des raisons sérieuses de douter de la solvabilité des cofidéjusseurs du fidéjusseur qu'il poursuivait. M. Accarias (1) pense que la pratique romaine avait dû trouver le moyen d'assurer le recours du créancier contre les fidéjusseurs restés étrangers à la poursuite. Peut-être, ce moyen consistait-il à limiter conditionnellement l'étendue de la *res in judicium reducta* par une *præscriptio a parte actoris*.

Il nous reste à examiner deux questions :

1° Doit-on assimiler les fidéjusseurs absents aux fidéjusseurs insolvables, et les exclure de la division? Nous pensons, quoique nous n'ayons pas sur ce point de texte formel, qu'ils doivent être exclus de la division. On peut tirer argument de la loi 10 princip. à notre titre. Ce texte, comme nous l'avons vu, dispose que le fidéjusseur poursuivi en paiement de toute la dette, peut, au cas où il est dans l'impossibilité d'établir la solvabilité de ses

1 *Précis de Droit Romain.* Tome II, n° 567 A.

cofidéjusseurs, donner mandat au créancier de discuter leurs biens, sous une condition toutefois, c'est que les fidéjusseurs soient présents. Cette disposition a pour cause les difficultés et les longueurs que les poursuites auraient entraînées en pareil cas.

2° Que décider si les fidéjusseurs sont incapables ? Au point de vue de la division de la dette, devons-nous les placer parmi les fidéjusseurs insolvables ? La loi 48 princip. et § 1, à notre titre prévoit à ce sujet deux hypothèses que nous allons examiner.

*Première hypothèse.* — Le débiteur principal a donné deux fidéjusseurs, Titius et Seia. Celle-ci est incapable, en vertu du sénatus-consulte Velléien, d'intercéder. Le texte dispose que le fidéjusseur Titius, actionné pour le tout, ne peut invoquer le bénéfice de division ; il ne devait pas ignorer que tout acte d'*intercessio* était défendu à la femme : « *Cum scire potuerit aut ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere.* »

*Deuxième hypothèse.* — Un fidéjusseur a pour cofidéjusseur un mineur de vingt-cinq ans, et celui-ci obtient l'*in integrum restitutio.* Le fidéjusseur majeur poursuivi en paiement invoque le bénéfice de division. En a-t-il le droit? Que répond le texte : « *Sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit, propter incertum ætatis ac restitutionis.* »

Ce texte obscur a donné lieu à diverses interprétations. Cujas (1) a proposé l'explication suivante : le texte, selon lui, prévoit deux hypothèses :

1. *Comment. in libro quæst.* Papin., t. IV, p. 268 et seq.

*a.* — Le fidéjusseur majeur est intervenu avant le mineur.

*b.* — Les deux fidéjusseurs sont intervernus *simul.*

*a.* — Le fidéjusseur majeur est intervenu avant le mineur. Il peut être poursuivi pour le tout.

*b.* — Tous deux ont cautionné la dette en même temps. Le fidéjusseur majeur a le droit de demander la division. La fin du texte en donne la raison : « *propter incertum ætatis ac restitutionis*, parce que le majeur ignorait l'âge du mineur et le danger d'une restitution. »

Ainsi, selon Cujas, les dernières expressions du texte, *propter incertum*, etc, se réfèrent non pas, à l'hypothèse prévue par le commencement du texte, *si postea minor intercessit*, mais à une seconde hypothèse passée sous silence, il est vrai, mais que l'on peut tirer du texte par un argument *a contrario*.

Quand le majeur est intervenu le premier, Cujas nous dit qu'il est tenu pour le tout, mais il ne nous dit pas pourquoi ? D'après Pothier (1), le fidéjusseur n'a pas droit au bénéfice pour le motif suivant : Au moment où il s'est porté fidéjusseur, il était seul pour répondre du paiement de la dette : il n'a pu dès lors compter sur une division de la dette. Mais cette raison est-elle bien bonne ? Lorsqu'un fidéjusseur accède à une dette déjà cautionnée par un tiers, est-ce que ce dernier n'a pas le droit de faire diviser les poursuites entre lui et le fidéjusseur qui s'est obligé le second ? Et cependant, il n'a pas dû compter sur une division de la dette.

1. *Pand. de fidej.* LVII. *ad notam.*

Godefroy (1) propose de traduire le texte tel qu'il est : si le fidéjusseur capable est intervenu avant le fidéjusseur incapable, il n'aura pas le bénéfice de division, *propter incertum ætatis ac restitutionis*, parce que la fidéjussion du mineur est une chose incertaine et précaire qui ne peut améliorer la situation du majeur. Mais alors que décider au cas où les deux fidéjusseurs ont cautionné la dette en même temps ? Doit-on dire, avec M. Machelard (2), que le fidéjusseur majeur aura droit à la division de la dette, par *a contrario* du texte, si toutefois il ignorait, au moment de la *fidejussio*, la minorité de son cofidéjusseur ? Nous ne le pensons pas. Sans distinguer si le fidéjusseur majeur connaissait la minorité de son cofidéjusseur, ou s'il ne la connaissait pas, nous dirons que le fidéjusseur majeur doit seul supporter le poids de la dette. En principe, les fidéjusseurs s'obligent *in solidum*. Sans doute, le rescrit d'Adrien leur permet de demander la division de la dette, mais c'est à une condition, que le créancier n'en éprouve aucun préjudice. Or, celui-ci serait en perte, si recevant deux fidéjusseurs, l'un majeur, l'autre mineur, il devait seul souffrir de l'*in integrum restitutio* obtenue par ce dernier. Son but, en exigeant l'adjonction d'un second fidéjusseur a été évidemment d'augmenter les chances de paiement et non de les diminuer.

Ainsi, nous assimilons l'incapacité des fidéjusseurs à leur insolvabilité pour l'application du bénéfice de division. Le cofidéjusseur est-il mineur, est-il protégé par le Séna-

1. D. 4. 48 § 1 *de fidej. ad notam.*
2. *Oblig. nat.* p. 245.

tus consulte Velléien, le fidéjusseur majeur supportera seul la dette, à quelque époque que l'incapable soit intervenu. Dans tous les cas, cet incapable sera écarté de la division, comme l'insolvable, et si l'on nous demande pourquoi le Droit Romain n'a pas admis la règle suivie de nos jours, à savoir que le fidéjusseur mineur doit être considéré comme capable et être compté dans la division, tant que l'*in integrum restitutio* n'a pas été obtenue, sauf au créancier à recourir contre les autres fidéjusseurs, si la *restitutio* est prononcée, nous répondrons que l'effet extinctif de la *litis contestatio* s'opposait à ce que cette règle, fort rationnelle au fond, fût appliquée. Le fidéjusseur mineur, comme la femme *intercessor*, doit donc dans tous les cas, être exclu de la division.

Papinien, à la fin du texte, examine l'hypothèse où le mineur ne s'est porté fidéjusseur qu'à la suite de manœuvres frauduleuses du créancier, et décide que la restitution ne préjudiciera pas au fidéjusseur. La loi applique ci le principe que le dol doit nuire seulement à la personne qui en est l'auteur.

Avant de terminer ce paragraphe, observons que la solvabilité des cofidéjusseurs du fidéjusseur poursuivi est la seule condition mise à l'exercice du bénéfice de division. Il importe peu que les cofidéjusseurs soient tenus purement et simplement, à terme ou sous condition ; la division aura toujours lieu. Toutefois, si à l'échéance ou à l'arrivée de la condition, les fidéjusseurs étaient insolvables, ou bien si la condition sous laquelle ils s'étaient obligés venait à défaillir, le créancier avait le droit de recourir contre le fidéjusseur qui avait invoqué le béné-

fice de division, pour tout ce qui restait à payer de la dette. Loi 27 princip. D. à notre titre.

## Section III

*A quel moment le bénéfice de division peut-il être invoqué?*

Dans l'ancien droit, il y avait controverse sur ce point. Les uns, comme Pothier (1) et Vinnius (2), soutenaient que le bénéfice pouvait être invoqué, tant que le juge n'avait pas rendu sa sentence. D'autres, Cynus notamment, affirmaient que le bénéfice devait être invoqué avant la *litis contestatio*.

Pothier et Vinnius se fondaient sur un rescrit de l'empereur Alexandre, Code loi 10, § 1 *de fidejussoribus*, ainsi conçu : « *Et autem is qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet.* » Ce texte paraissait concluant. En vain, Cynus présentait-il l'opinion de Pothier comme contraire aux principes généraux du droit ; l'action du créancier étant de droit strict, le juge, esclave de la formule, devait ou condamner ou absoudre ; il ne pouvait sous entendre aucune exception, comme il aurait pu le faire dans une action de bonne foi. En outre, la *litis contestatio*, novant l'obligation, liberait le *reus* et les autres fidéjusseurs ; une division de la

1. *Pand.* LIX, *De fidej.*
2. *Quæst.* lib. 2, § 4.

dette était impossible. En vain, disons-nous, les principes du droit étaint rappelés, le rescrit d'Alexandre était formel.

Aujourd'hui, cette controverse a pris fin. La découverte des commentaires de Gaïus a fait la lumière sur la question. Par *condemnatio*, on entend non pas le jugement, en latin *sententia*, *res judicata*, mais la partie de la formule donnant au juge pouvoir de condamner ou d'absoudre. L'empereur Alexandre, dans son rescrit, déclarait donc, non pas que le bénéfice de divison pouvait être demandé jusqu'à la sentence du juge, mais que l'exception, au moyen de laquelle le bénéfice était invoqué, avait sa place dans la formule avant la *condemnatio*.

## Section IV

### *Des effets du bénéfice de division.*

Nous avons, dans cette section, à rechercher sur qui retombera l'insolvabilité encourue par les fidéjusseurs. Est-ce sur le créancier, est-ce sur les fidéjusseurs solvables ? Pour répondre à cette question, nous devons faire une distinction : l'insolvabilité est-elle survenue après la *litis contestatio*, ou est-elle survenue avant ?

1° Les fidéjusseurs insolvables ne le sont devenus qu'après la *litis contestatio*. Il résulte de deux textes à notre titre, les lois 51, § 4, et 52, § 1, que la perte est pour le créancier, sans qu'il y ait lieu de distinguer si celui-ci

est ou non mineur. Aucune *restitutio in integrum* ne serait accordée, car un mineur qui use du droit commun ne peut se dire lésé : « *nec auxilio defendetur ætatis actor, non enim deceptus videtur jure communi usus.* » Toutefois, si le tuteur avait été négligent ou coupable de fraude en ne poursuivant pas en temps utile les fidéjusseurs solvables au moment de la *litis contestatio*, il serait responsable envers le pupille de tout le préjudice qu'il a pu lui causer.

2° Les fidéjusseurs étaient déjà insolvables au moment de la *litis contestatio*.

Nous devons distinguer si le créancier a volontairement divisé son action entre les fidéjusseurs, ou s'il a été contraint à diviser entre eux ses poursuites.

*a.* — Il a spontanément divisé ses poursuites. En pareil cas, c'est lui qui supportera les insolvabilités des fidéjusseurs, loi 16, Code *de fidejussoribus*, car il est en faute de n'avoir pas demandé toute la dette à celui des fidéjusseurs qu'il poursuivait, s'il doutait de la solvabilité des autres fidéjusseurs. Toutefois, une réserve doit être faite au profit du pupille : « *Quod si divisam actionem inter eos qui non erant solvendo, constabit pupilli nomine restitutionis auxilium implorabitur*, loi 52, § 1 *in fine*. D. à notre titre.

*b.* — Il a été forcé de diviser ses poursuites. En pareil cas, l'insolvabilité des fidéjusseurs est à la charge des fidéjusseurs solvables. Ce point a été suffisamment mis en lumière, nous n'y reviendrons pas.

Terminons notre section par une hypothèse que prévoit Papinien dans la loi 51, § 1 à notre titre. Deux fidéjus-

seurs, Primus et Secundus, sont intervenus pour une dette de 30. Primus paie volontairement une partie de la dette, 10. par exemple. Poursuivi par le créancier en paiement du surplus de la dette, soit 20, il invoque le bénéfice de division. Comme Secundus est solvable, la division doit avoir lieu. Mais sur quelle somme se fera-t-elle? Est-ce sur la somme due au moment de la poursuite, c'est-à-dire, dans l'espèce, sur 20, ou est-ce sur la somme de 30 primitivement due? On voit l'intérêt de la question. Adopte-t-on le premier mode de procéder, Primus qui a déjà payé 10 devra la moitié des 20 restant dûs, en définitive, il paiera 20. Adopte-on, au contraire, le deuxième mode de procéder, Primus ne paiera en tout que 15, la moité de 30, et comme il a déjà payé 10, il ne devra plus que 5 au créancier.

La loi 51, § 1, adopte le premier moyen; il donne la raison suivante: « *eam enim quantitatem inter eos qui solvendo sunt, dividi convenit, quam litis tempore singuli debent.* » Toutefois, la fin du texte nous dit que, dans la pratique, le magistrat ne délivrait pas de formule contre notre fidéjusseur, ou ne la délivrait qu'en insérant l'exception de dol « *sed humanius est, si et alter solvendo sit litis contestationis tempore, per exceptionem ei qui solvit succurri.* »

---

## CHAPITRE III

### DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION

Le bénéfice de discussion peut être défini; le droit accordé au fidéjusseur poursuivi par le créancier d'exiger que les biens du débiteur principal soient préalablement vendus.

Quelle est l'origine du bénéfice de discussion ? Justinien l'a-t-il créé et introduit le premier dans la législation romaine? La préface de la novelle IV contient sur ce point une expression qui a fait le tourment des commentateurs Justinien parle d'une *antiqua lex*, tombée en désuétude, on ne sait pour quels motifs, en vertu de laquelle les cautions jouissaient du bénéfice de discussion. L'empereur reproduit cette loi en l'améliorant. Quelle est cette *lex antiqua?* Le digeste et le code sont muets; il y a là une véritable énigme.

Cujas a pensé que cette loi ancienne appartenait à la loi des 12 tables. Mais comment expliquer si cette origine est exacte, que les jurisconsultes romains, qui ont si souvent commenté la loi des 12 tables, n'aient pas une seule fois mentionné une disposition aussi importante.

D'autres auteurs, et peut-être là est la vérité, ont nié l'existence de cette *antiqua lex*. Quoi qu'il en soit sur cette question obscure, il est certain que le bénéfice de discus-

sion existait avant Justinien, au profit de certains fidéjusseurs. Ainsi les fidéjusseurs des débiteurs du fisc avaient le droit d'exiger la discussion préalable des débiteurs pour qui ils avaient répondu. C'est ce qui résulte d'une Constitution des Empereurs Dioclétien et Maximien de l'an 293 : « *Non prius ad eos qui debitoribus fisci nostri sunt obligati actionem fiscalem extendi oportere nisi patuerit principales reos idoneos non esse, certissimi juris est* » l. 4 Code. liv. IV, Tit. 15.

Il en était de même des fidéjusseurs d'un magistrat l. 3§4.D. liv. L. Tit. 8. *De admin. rerum.* Cette loi suppose qu'un fidéjusseur qui est intervenu pour un magistrat a donné comme garantie un gage. Le texte décide que la chose donnée en gage n'aura réellement ce caractère que lorsque le fidéjusseur pourra être poursuivi, c'est-à-dire lorsque le fisc n'aura pu obtenir satisfaction du magistrat.

Ces deux exceptions écartées, le créancier pouvait poursuivre à son choix, soit le débiteur principal, soit le fidéjusseur. (1) Ce droit absolu pour le créancier trouvait sa justification dans l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Il est clair que du moment que la poursuite contre l'un des coobligés libérait l'autre, le créancier devait avoir la liberté de s'adresser à celui qui lui paraissait le plus solvable. Mais ce droit n'en était pas moins rigoureux pour la caution. Dans une bonne législation, la caution ne doit être poursuivie qu'autant que le débiteur principal n'est pas en mesure d'acquitter la dette. Si le principal inté-

1. Voyez l. 5 et l. 3. Code *de fidej.*

ressé est solvable, pourquoi astreindre le fidéjusseur à payer? celui-ci se retournera contre le débiteur pour se faire rembourser ses avances! N'est-il pas plus simple et plus juste en même temps que le créancier demande le paiement au débiteur principal, s'il est solvable. Jusqu'à Justinien, le droit du créancier de s'adresser au fidéjusseur est certain. Toutefois en pratique, des adoucissement furent apportés à la situation des fidéjusseurs; on imagina plusieurs moyens de détourner les poursuites du créancier contre le fidéjusseur, ou du moins de les ajourner. Ces moyens sont les suivants: le mandat dans l'intérêt du fidéjusseur et du créancier, et la *fidejussio indemnitatis.*

1° Mandat dans l'intérêt du mandant et du mandataire.

Le premier moyen que la pratique romaine avait imaginé, consistait dans un mandat que le fidéjusseur donnait au créancier de s'adresser d'abord au débiteur principal (§ 2 *Instituts mand.*).

Ce dernier était-il insolvable, le créancier recourait contre son mandant par l'action *mandati contraria.*

Ce mandat était dans l'intérêt des deux parties, le fidéjusseur et le créancier. Le fidéjusseur évitait une avance de fonds, si le débiteur principal était solvable; le créancier s'assurait un double recours.

En effet, supposons que celui-ci n'accepte pas le mandat que lui donne le fidéjusseur et le poursuive; s'il n'obtient pas satisfaction du fidéjusseur, ou s'il n'est payé qu'en partie, la perte est pour lui irrémédiable, car, par suite de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, il a perdu le

droit d'agir contre le débiteur principal. On voit de suite combien est grand l'intérêt qu'a le créancier à accepter le mandat du fidéjusseur, car il aura alors deux actions, l'action du contrat principal contre le débiteur, et l'action *mandati contraria* contre le fidéjusseur mandant. La *litis contestatio* libère sans doute la caution comme fidéjusseur, mais non comme mandant. La dette qu'elle a contractée en donnant mandat, diffère, quant à son objet, de la dette du débiteur principal. Celui-ci doit une *res certa;* la caution doit un *incertum,* quelque chose de vague et d'indéterminé, réparer le préjudice que peut causer au créancier l'exécution du mandat.

2° *Fidejussio indemnitatis.*

La *fidejussio indemnitatis* se contracte en ces termes : « *Quanto minus a debitore consequi possim, dare spondes?* » Le fidéjusseur promettait ainsi au créancier tout ce que le débiteur ne pouvait payer. L'insolvabilité du débiteur était-elle complète, le fidéjusseur était tenu d'acquitter la dette intégralement.

La *fidejussio indemnitatis* n'était pas seulement avantageuse pour le fidéjusseur, en ce qu'elle ne l'obligeait à payer qu'autant que le débiteur principal ne satisfaisait pas à son obligation, elle l'était encore pour le créancier. La *fidejussio* ordinaire donnait au créancier le droit de choisir entre le débiteur principal et le fidéjusseur, mais, une fois le choix arrêté, le coobligé que le créancier ne poursuivait pas était libéré. Cette règle de droit qui ne devait disparaître que sous Justinien pouvait nuire au créancier lorsque celui-ci avait, par erreur, poursuivi le

ner le débiteur principal. Le fidéjusseur, en effet, est, pour lui, un débiteur conditionnel qui n'est tenu envers le créancier qu'autant que le débiteur principal est insolvable. Comment pourrait-il être poursuivi, avant que la condition à laquelle est subordonnée son obligation soit réalisée? « *Mævio (fidejussore) ante Titium excussum non recte petetur* » (loi 116, *D. verborum obligat.*). Selon Celsus, au contraire (l. 42, *princip. D. rebus cred.*), le créancier a la faculté de s'adresser d'abord au fidéjusseur *indemnitatis;* il lui demandera tout ce que le débiteur ne pourra payer au moment de la poursuite. Toutefois, il n'y a pas lieu d'exagérer la gravité du débat, car Celsus ne prive pas le fidéjusseur de ce que l'on pourrait appeler le bénéfice de discussion. Voyons, en effet, comment les choses vont se passer. Une formule a été délivrée au créancier contre le fidéjusseur, formule évidemment *incerta*, car le juge doit condamner le fidéjusseur à payer tout ce que le débiteur principal ne paiera pas; il est impossible, au moment même ou la poursuite est exercée, de déterminer l'étendue de son obligation. Que fera le juge? Il discutera les biens du débiteur principal; cette discussion est nécessaire, car, sans elle, il ne peut remplir sa mission, à savoir, absoudre le fidéjusseur, si le débiteur principal est en mesure d'acquitter la dette, ou le condamner dans la mesure de l'insolvabilité de ce dernier.

En résumé, quel que soit le système que l'on suive, le fidéjusseur ne sera condamné à payer que si le débiteur principal est insolvable. La divergence de vues qui existe

moins solvable de ses débiteurs. La *fidejussio indemnitatis* rémédia à cet état de choses. Le créancier avait deux débiteurs, le débiteur principal et le fidéjusseur ; les poursuites exercées contre l'un ne libéraient pas l'autre. C'est ce qui résulte de deux textes de Papinien et de Celsus au Dig. l. 116. *Verb. oblig.* et loi 42 *princip. reb. cred.* : « *Si decem petieris a Titio Mævius (fidejussor indemnitatis) non erit solutus.* » *Si decem petiero a Titio, non liberatur Seus fidejussor.* »

Si les deux jurisconsultes sont d'accord sur la solution, à savoir que le fidéjusseur n'est pas libéré par les poursuites exercées contre le débiteur principal, ils se divisent sur les motifs de cette dérogation au droit commun. D'après Celsus, le fidéjusseur reste tenu parce que, s'il en était autrement, la *fidejussio* serait inutile « *alioquin nequicquam creditori cavetur,* » l. 42, *princip. D. rebus cred.* D'après Papinien, loi 116, le fidéjusseur n'est pas libéré, parce que la condition sous laquelle il est tenu n'est pas encore réalisée. Il doit payer tout ce que le débiteur principal ne paiera pas ; l'insolvabilité de ce dernier est l'événement donnant naissance à son obligation. Au moment de la poursuite dirigée contre le débiteur principal, l'obligation du fidéjusseur n'existe pas encore ; le créancier ne peut perdre un droit qui n'est pas encore né.

Il existe entre nos deux jurisconsultes, Paul et Celsus, sur un autre point, une différence de vue autrement grave. Le fidéjusseur *indemnitatis* peut-il être poursuivi le premier, ou ne peut-il l'être qu'après le débiteur principal ? Paul soutient que le créancier doit d'abord action-

entre Paul et Celsus, se trouve ainsi amenée à une simple différence dans la procédure à suivre.

Le bénéfice de discussion a été introduit dans la législation romaine, l'an 535. Quatre ans auparavant, Justinien avait aboli l'effet extinctif de la *litis contestatio*, et décidé que le créancier pourrait poursuivre successivement, jusqu'à l'acquittement de la dette, les divers obligés, débiteurs principaux et accessoires (l. 28, Code *de fidej.*).

La constitution de Justinien, créant le bénéfice de discussion, ou plutôt le généralisant, forme la Novelle IV. Nous aurons à examiner les trois questions suivantes :

1° Qui peut invoquer le bénéfice de discussion?

2° Sous quelles conditions et comment peut-il être invoqué?

3° Quels sont les effets du bénéfice de discussion une fois invoqué?

1° Qui peut invoquer le bénéfice de discussion?

Toute caution peut invoquer le bénéfice de discussion, à l'exception toutefois de l'*argentarius*.

Nous disons toute caution, quelle que soit la forme sous laquelle elle est intervenue, *fidejussio*, *mandatum pecuniæ credendæ*, *constitut*. Toutefois, une difficulté s'est élevée relativement à cette dernière forme de cautionnement. La novelle IV emploie le mot *sponsores*, et non celui de *constituentes*. Mais on s'accorde généralement à dire que cette expression de *sponsores* est impropre ; il y a lieu de lui substituer le mot *constituentes*, pour deux motifs. Sous Justinien, la *sponsio* était depuis longtemps tombée en désuétude ; il est peu probable que l'empereur

ait voulu rétablir une institution condamnée par la pratique. Ensuite, dans le texte grec, c'est le mot correspondant à *constituentes* et non à *sponsores* qui est employé. Du reste, à partir de l'an 541, cette question a perdu tout intérêt, la novelle 136 comprenant les *constituentes* parmi les cautions qui avaient le droit d'invoquer le bénéfice de discussion.

Les *argentarii*, par exception, n'avaient pas le droit d'invoquer le bénéfice de division. Nov. IV, cap. III, § 1. Quel pouvait être le motif de cette exclusion? Les *argentarii*, disait-on, rendaient des services importants, mais souvent à des conditions fort onéreuses pour les personnes qui en bénéficiaient. Aussi étaient-ils vus avec peu de faveur.

Placés en dehors du droit commun, les *argentarii* protestèrent vivement contre la situation inférieure que leur faisait la constitution de l'Empereur. Les cautions de leurs débiteurs, disaient-ils, pouvaient leur opposer le bénéfice de discussion, alors que la même faveur leur était retirée, s'ils cautionnaient les dettes de leurs clients. La justice exigeait que les cautions de leurs débiteurs fussent, comme eux, privées du droit d'invoquer, le bénéfice de discussion, ou que la novelle IV fut invocable par toute caution sans exception. Nov. 136, *præfat*.

Ces réclamations, malgré leur justesse, ne furent pas entendues. Justinien, toutefois, permit aux *argentarii*, par la novelle 136, de stipuler des cautions de leurs débiteurs la renonciation au bénéfice de discussion. Nov. 136, cap. 1. Le bénéfice de discussion constituant une faveur

pour la caution, celle-ci avait toujours le droit de renoncer à la protection de la loi.

Le conseil que l'empereur donnait aux *argentarii*, eut pour résultat en pratique, de supprimer le bénéfice de discussion. On vit, en effet, les créanciers autres que les *argentarii*, à l'exemple de ceux-ci, exiger des cautions présentées par les débiteurs principaux la renonciation au bénéfice de la Nov. IV. Ce fut un usage constant. C'est là l'origine de la renonciation au bénéfice de la Novelle IV, aujourd'hui encore de style, dans les actes de cautionnement.

## Section II.

*Sous quelles conditions et comment le bénéfice est-il invoqué ?*

*a.* — Conditions d'exercice du bénéfice de discussion.

Justinien, en créant le bénéfice de discussion, cherchait sans doute à améliorer la condition de la caution, mais il ne voulait pas que la réforme qu'il introduisait dans la législation pût nuire aux créanciers. C'est ainsi qu'il exige la présence non seulement de la caution, mais encore du débiteur principal.

L'*antiqua lex* contenait sur ce point une lacune; Justinien l'a comblée. Si, en effet, la présence du débiteur principal n'avait pas été rendue nécessaire, les droits du créancier auraient été méconnus. Le droit romain ne connaissait pas les jugements par défaut, et aucune assi-

gnation n'était admise contre un absent; aussi l'action du créancier serait-elle restée indéfiniment en suspens.

*b.* — Comment le bénéfice de discussion est-il invoqué?

C'est par voie d'exception que la caution poursuivie invoque le bénéfice de discussion. Se laisse-t-elle condamner, sans invoquer, elle est censée y avoir renoncé.

## Section III.

### *Effets du bénéfice de discussion.*

Le bénéfice de discussion a pour effet de contraindre le créancier à procéder à la vente des biens du débiteur principal. Ici, deux hypothèses se présenteront : ou le débiteur principal est solvable, ou il ne l'est pas.

*a.* — *Il est solvable.* — Le fidéjusseur est libéré de son obligation.

*b.* — *Il est insolvable.* — Le créancier a un recours contre les cautions. A cet effet, il peut exercer l'action née du contrat *verbis* intervenu entre lui et le fidéjusseur, action que la poursuite dirigée contre le débiteur principal n'a pas éteinte. l. 28. Code. *de fidejussoribus.*

Terminons cette matière par une observation. Le bénéfice de discussion créé par Justinien n'eut pas pour effet d'assimiler la *fidejussio* ordinaire à la *fidejussio indemnitatis.* Sous Justinien, même après l'introduction du bénéfice de discussion, la *fidejussio indemnitatis* conserva son utilité.

S'agit-il de la *fidejussio* ordinaire, l'insolvabilité du débiteur principal survenue après l'échéance était à la charge de la caution. S'agit-il au contraire de la *fidejussio indemnitatis*, l'insolvabilité encourue par le débiteur principal après l'échéance est à la charge du créancier. Cette différence se comprend aisément. Le fidéjusseur ordinaire ne peut reprocher au créancier de n'avoir pas poursuivi le débiteur principal, à l'échéance ; il n'est pas en effet un débiteur conditionnel, et il doit au même titre que le débiteur principal. Le créancier est libre de retarder ses poursuites contre ses débiteurs, et d'agir soit contre l'un, soit contre l'autre. Du reste, le fidéjusseur est en faute de n'avoir pas acquitté la dette, à l'échéance. Comme le débiteur principal était solvable, à ce moment, il aurait pu facilement recouvrer ses déboursés.

Au contraire, le fidéjusseur *indemnitatis* peut reprocher au créancier de n'avoir pas discuté, à l'échéance, les biens du débiteur principal. Qu'a-t-il promis? tout ce que le débiteur principal ne paierait pas au créancier, à l'échéance. L'insolvabilité est survenue postérieurement ; le créancier est en faute, il devra seul supporter les conséquences de sa négligence.

COMPARAISON ENTRE *la fidejussio ordinaire et le mandatum pecuniæ credendæ.*

Avant que Justinien ait aboli, par sa constitution de l'an 531, l'effet extinctif de la *litis contestatio*, la situation que

faisait au créancier la fidéjussio ordinaire était mauvaise. Des fidéjusseurs avaient cautionné la dette. Quel avait été le but du créancier, en les recevant ? garantir le paiement de sa créance, avoir le droit de recourir contre tous ses débiteurs jusqu'à l'entier acquittement de l'obligation, et cependant il n'avait qu'une seule action. Agissait-il contre l'un des fidéjusseurs ou contre le débiteur principal, il perdait son recours contre tous les autres débiteurs. L'inconvénient de cette législation apparaissait surtout, lorsque le créancier, par erreur, s'était adressé au moins solvable.

Ces résultats choquants ne disparurent de la législation Romaine que le jour où Justinien, l'an 531, enleva à la *litis contestatio* son effet extinctif. Toutefois, la pratique n'avait pas attendu cette réforme pour assurer aux garanties personnelles stipulées par le créancier toute leur efficacité. La *fidejussio* ne répondait pas aux besoins du créancier ; on lui substitua une autre forme de cautionnement, le *mandatum pecuniæ credendæ*. Désormais, les droits du créancier étaient respectés ; débiteurs principaux et accessoires pouvaient être poursuivis, sans que l'effet extinctif de la *litis contestatio* fut invocable par eux. Entrons sur ce point dans quelques développements.

Avant de consentir au futur débiteur le crédit qu'il sollicitait, le créancier exigeait qu'un tiers lui donnât mandat *de credere pecuniam* à ce futur débiteur. On a douté de la validité de ce mandat, comme outre-passant les limites du mandat ordinaire. Le mandant, disait-on, doit avoir un intérêt dans l'affaire qui donne lieu au mandat, et ici il n'en a aucun. Cependant Sabinus en a fait recon-

naître la validité. Inst. liv. III, Tit. 26 § 6. Le *mandator* était en réalité une caution. Au moment où il donnait mandat au créancier, il n'était encore tenu d'aucune obligation, mais il pouvait dans la suite, devenir lui aussi débiteur envers le mandataire, le créancier. Supposons que celui-ci n'obtienne pas le remboursement des avances qu'il a faites au débiteur principal, il aura le droit de se retourner, par l'action *mandati contraria*, contre la caution. L'exécution du mandat lui a causé un préjudice, une réparation lui est due. Le contrat de mandat intervenu entre lui et la caution est de bonne foi, et la bonne foi exige que tout dommage résultant de son exécution soit réparé. Sans doute, le créancier a fait *litis contestatio* avec le débiteur principal, mais il n'a pas pour cela épuisé son droit contre le *mandator*. La dette de celui-ci, en effet, n'a pas le même objet que la dette du débiteur principal. Que doit le débiteur? Une *res certa*. Que doit le *mandator?* un *incertum*, quelque chose de vague et d'indéterminé, réparer le préjudice causé par l'exécution du mandat. En agissant contre le débiteur principal, le créancier ne compromet donc pas son recours contre la caution, car débiteur principal et caution doivent deux dettes distinctes.

La supériorité pratique du *mandatum pecuniæ credendæ* sur la *fidejussio* ordinaire, une fois établie, nous rechercherons quelles sont les ressemblances entre le *mandatum pecuniæ credendæ* et la *fidejussio* ordinaire, puis qu'elles sont les différences qui séparent ces deux formes de cautionnement.

### I. — *Ressemblances.*

Elles sont relatives aux différents bénéfices successivement accordés aux fidéjusseurs. Ces bénéfices sont au nombre de trois; bénéfice de cession d'actions, bénéfice de division, bénéfice de discussion.

#### *a. — Bénéfice de cession d'actions.*

Accordé aux fidéjusseurs, le bénéfice de cession d'actions fut étendu au *mandator pecuniæ credendæ*. Débiteur accessoire au même titre que le fidéjusseur, il méritait les mêmes tempéraments d'équité. C'est ce qui résulte de la loi 13, à notre titre, au Digeste. Le texte est formel: « Si sur mon mandat, vous avez prêté 10 à Titius, et que vous exerciez contre moi l'action *mandati contraria*, je ne devrai être condamné que si vous me procurez l'exercice de vos actions contre Titius. »

#### *b.* — Bénéfice de division.

Les *mandatores* avaient, comme les fidéjusseurs, le droit d'invoquer le bénéfice de division. Mais ici une question s'élève : est-ce le rescrit d'Adrien qui leur a accordé ce droit, ou est-ce la jurisprudence?

Dans une première opinion, on soutient que le bénéfice de division des *mandatores* a sa source dans le rescrit d'Adrien. On s'appuie sur la loi 3 au code liv. IV. Tit. 18, ainsi conçue : « *Divi Hadriani epistolam, quæ de periculo dividendo inter mandatores et fidejussores loquitur*, etc. » Cette constitution étend à ceux qui fond le pacte de cons-

titut le bénéfice de division que pouvaient déjà invoquer les fidéjusseurs et les *mandatores*, dit le texte.

Dans une seconde opinion présentée par Cujas (1), la faveur accordée aux *mandatores* est due non au rescrit, mais à la jurisprudence qui, par raison d'équité, leur aurait étendu leur rescrit. Ce système a son point d'appui dans la loi 7, D. liv. XXVII, Tit. 7, de Papinien : « *si mandato plurium pecunia credatur, æque dividitur actio*, etc. » Il est certain que le jurisconsulte Papinien ne s'exprimerait pas ainsi, si les *mandatores* puisaient dans le rescrit leur droit d'invoquer le bénéfice de division. Tel est aussi l'avis de M. Accarias (2) qui pense avec raison, selon nous, que, si l'action est divisée entre eux, c'est bien pour des raisons d'équité, et non en vertu du rescrit.

*c.* — Bénéfices de discussion.

Nous avons déjà vu que la novelle IV accordait à toute caution, *fidejussor*, *mandator*, etc., le bénéfice de discus-cussion. Nous ne reviendrons pas sur ce sujet.

II. — *Différences.*

Les différences qui séparent le *mandatum pecuniæ credendæ* de la *fidejussio* ordinaire sont au nombre de trois.

*Première différence.* — Le *mandator* peut demander la cession des actions personnelles et réelles, même après le paiement.

En étudiant le bénéfice de cession d'actions des fidé-

1. Cujas, lib. III. *Resp. Papin. ad leg.* 7, *de fidej.*
2. Tome II, page 534.

jusseurs, nous avons vu que le fidéjusseur devait demander, avant le paiement, la cesssion des actions personnelles et des actions réelles, si l'on se place en dehors de tout procès; et que dans le cas contraire, avant la constitution de l'an 531, toutefois, les actions personnelles étaient demandées avant la *litis contestatio*, les actions réelles devaient l'être avant le paiement. Le *mandator*, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les actions personnelles ou réelles, entre un procès ou un paiement volontaire, peut exiger la cesssion des actions même après le paiement. Cette différence entre le *fidejussio* et le *mandatum pecuniæ credendæ* s'explique facilement. Le fidéjusseur a contracté la même dette que le débiteur principal; il doit *idem*. Quand il paie sa dette, il paie en même temps celle du débiteur principal. Le paiement a éteint tous les droits que le créancier avait, droits personnels, droits réels, aucune cession n'est possible. Le *mandator*, au contraire, a contracté éventuellement envers le créancier une obligation dont l'objet diffère de l'objet de la dette du débiteur principal. Nous avons déjà insisté sur ce point. En conséquence, en payant, le *mandator* n'acquitte que sa dette, et non celle du débiteur principal. Celui-ci, en principe, est toujours tenu (loi 13, D. à notre titre). Sans doute, le créancier ne pourra exercer les actions qu'il a conservées; une exception de dol le repousserait. Mais il peut les céder au *mandator* qui les exercera utilement. Paralysées entre ses mains, elles reprendront vigueur entre celles du *mandator*.

*Deuxième différence.* — Le créancier, malgré la *litis*

*contestatio,* a toujours le droit de poursuivre successivement les *comandatores.*

Jusqu'à la réforme de Justinien de l'an 531, la *litis contestatio,* que le créancier faisait avec l'un des fidéjusseurs, avait pour effet de libérer tous les débiteurs demeurés étrangers à la poursuite. Il en était autrement lorsque plusieurs *mandatores* avaient répondu de la dette : le créancier, agissant contre l'un d'eux, conservait le droit de poursuivre les autres. Mais comment expliquer cette différence entre le *mandatum pecuniæ credendæ* et la *fidejussio?* La loi 59, § 3, liv. 17, tit. 1, nous en donne la raison : chaque *mandator* était tenu *in solidum;* le créancier avait autant d'actions que de débiteurs; mais le paiement de la dette les libérait tous, loi 52, § 3, D. à notre titre. En effet, ils étaient débiteurs *ejusdem pecuniæ;* multiples quant aux personnes, les obligations se rencontraient dans le même objet.

Cette différence, comme la précédente, disparut sous Justinien. Le créancier acquit le droit de poursuivre les fidéjusseurs les uns après les autres. L'unité se trouvait ainsi établie dans le droit, sur cette matière (loi 28, Code, *de fidej.* 8, 41). Il n'en fut pas de même de la troisième différence dont nous abordons l'examen.

*Troisième différence.* — En étudiant le bénéfice de cession d'actions, nous avons admis que le créancier n'était pas tenu de conserver les sûretés qu'il avait à l'occasion de la dette. Aucune obligation, disions-nous, n'avait été contractée par le créancier envers la caution. Celle-ci n'était dès lors nullement fondée à se plaindre de ce que le créancier avait pu altérer la force de ses actions ou

diminuer les garanties attachées à la dette. Nous avons cité à l'appui de notre opinion des textes formels. Doit-on donner la même solution à l'égard des *mandatores*? non, et ici nous avons à signaler une différence importante entre la *fidejussio* et le *mandatum pecuniae credendæ*. Nous allons voir, en effet, que le créancier est tenu de conserver les sûretés qui lui ont été accordées par le débiteur ou un tiers, et que s'il les perd, le *mandator* a le droit de se dire libéré. Cette différence tient à ce que le mandat, à la différence de la *fidejussio*, est un contrat synallagmatique. Si le mandant, la caution dans l'espèce, prend l'engagement de réparer tout le préjudice que peut causer au créancier l'exécution du mandat, le mandataire c'est-à-dire le créancier doit veiller aux intérêts de son mandant, et assurer l'efficacité de son recours contre le débiteur principal. A cet effet, il est tenu, sous peine de voir ses actions paralysées, de conserver les gages, hypothèques, afin d'être en mesure de les céder au *mandator*, quand celui-ci aura payé la dette.

A l'appui de cette décision, nous pouvons citer la loi 95, § 11, D. liv. XLVI, Tit. 3. Cette loi s'exprime ainsi : « Si un créancier agissant contre le débiteur principal a succombé dans l'instance par sa faute, il est juste de dire qu'il ne peut rien obtenir par l'action du mandat, parce que c'est par sa faute qu'il ne peut pas céder ses actions à son mandant. »

Il résulte de ce texte que le créancier, sans doute parce qu'il a causé un dommage au *mandator*, a perdu tout recours contre lui. Mais quel est ce dommage ? Quelle est

l'hypothèse en vue de laquelle le texte a été écrit? C'est ce qu'il est assez difficile de savoir.

M. Pellat soutient que l'espèce prévue est celle-ci : le créancier a demandé plus que ce qui lui était dû, il a ainsi encouru une *plus petitio*.

Cette explication est inadmissible. On ne voit pas en effet, le tort que le créancier a pu causer au *mandator*. Qu'importe qu'il ait, par une *plus petitio*, perdu le droit de poursuivre le débiteur principal. Cette déchéance ne nuit pas à la caution. Celle-ci n'a-t-elle pas le droit, de son chef, de recourir contre le débiteur principal, soit par l'action *mandati contraria*, soit par l'action *negotiorum gestorum*. Si l'on prétend avec Cujas que le *mandator* n'avait aucune action personnelle contre le débiteur principal, en dehors d'un mandat donné par le débiteur principal de cautionner sa dette, ou d'une cession d'actions consentie par le créancier, le préjudice causé au *mandator* par le créancier est possible, et l'explication est acceptable. Mais nous nous refusons à croire que le *mandator* qui, spontanément, dans l'intérêt du débiteur principal, donnait mandat à un tiers de lui faire crédit, n'avait aucun recours.

L'explication présentée par M. Pellat une fois repoussée, il nous faut créer une autre hypothèse. M. Labbé, à son cours de *Pandectes* propose l'espèce suivante : Le créancier a reçu une hypothèque sur un bien déterminé du débiteur. Il prétend qu'il a une hypothèque générale; il commet ainsi une *plus petitio*. Mais ici une question s'élève : dans les actions hypothécaires, la *plus petitio* est-elle possible? Elle est possible dans les actions *in rem* qui ont presque toutes une *intentio certa* (Gaïus IV, Com-

ment. § 54); elle a lieu dans les actions *in factum* (Gaïus IV, Comment. § 60). Or l'action hypothécaire était vraisemblablement *in factum*.

Nous venons de voir que le *mandator* avait le droit de reprocher au créancier d'avoir compromis son recours, quand celui-ci avait diminué les sûretés attachées à la créance. Ainsi, le créancier avait plusieurs *mandatores*, il a libéré l'un d'eux; il avait des hypothèques, il a laissé un tiers acquéreur prescrire l'hypothèque qui grevait la chose, etc. Dans toutes ces hypothèses, il y a diminution des garanties de paiement. Le *mandator*, à la différence du fidéjusseur, peut reprocher au créancier d'avoir diminué les sûretés de la dette, et se dire libéré.

On peut supposer que le préjudice éprouvé par le *mandator* ou le fidéjusseur résulte non pas d'une libération consentie à une caution ou d'une négligence à interrompre la prescription, mais d'un simple retard apporté par le créancier, soit dans la poursuite d'une caution ou du débiteur principal, soit dans la vente d'un bien engagé. Ainsi, deux cautions ont répondu pour le même débiteur. L'échéance arrivée, le créancier n'agit pas; le débiteur principal, ou l'une des cautions à qui il aurait pu demander une partie de la dette devient insolvable. La caution à qui il demande toute la dette peut-elle le rendre responsable du tort qu'il lui cause? Autre hypothèse. Le créancier n'agit pas, et le bien est détruit ou perd de sa valeur. Le créancier demande le paiement de la dette à la caution. Celle-ci peut-elle objecter que, par suite du retard que le créancier a mis à poursuivre la vente de la chose engagée, le bien a perdu de sa valeur, et qu'elle

doit être, en conséquence, affranchie de son obligation.

Nous avons des textes qui résolvent cette question relativement au fidéjusseur ordinaire et au fidéjusseur *indemnitatis*.

*a. Fidejusseur ordinaire.* — La loi 62, D. à notre titre s'exprime ainsi : « Si un fidéjusseur a sommé le créancier d'agir contre le débiteur pour le contraindre au paiement, ou de vendre le gage, et que le créancier se soit abstenu de déférer à cette invitation, est-ce que le fidéjusseur pourra opposer une exception de dol ? » Le texte répond négativement.

*b. Fidejussio indemnitatis.* — La loi 41 pr. à notre titre donne, relativement au fidéjusseur *indemnitatis*, une solution différente : « Si les fidéjusseurs ont promis tout ce que l'adulte ne pourrait obtenir du curateur, et si, après l'âge de 25 ans, le créancier pouvait sauver sa créance, et qu'il ne l'ait pas fait, les fidéjusseurs seront libérés : *non tenere utilem in fidejussores actionem competere.* » L'espèce est simple. Un adulte a stipulé de fidejusseurs tout ce que le curateur ne pourrait lui payer. Arrivé à l'âge de 25 ans, c'est-à-dire, à une époque où le curateur doit rendre ses comptes, le créancier n'agit pas, et le curateur, solvable à ce moment, cesse de l'être dans l'avenir. Les fidéjusseurs sont libérés.

Que décider relativement au *mandator pecuniæ credendæ?* Doit-on le traiter comme un fidéjusseur ordinaire, ou comme un fidéjusseur *indemnitatis?* Les textes font défaut. M. Labbé est d'avis d'appliquer ici les règles de la *fidejussio* ordinaire. En conséquence, le *mandator* restera tenu, quoique le créancier en agissant, eût pu se

faire payer soit par le débiteur principal, soit par un *co-mandator*.

Cette dernière solution s'appuie sur les considérations suivantes : rendre le créancier responsable de l'insolvabilité du débiteur principal ou de la caution survenue après l'échéance, ce serait lui imposer l'obligation d'être dur envers ses divers débiteurs, ce serait dépasser la mesure. Le créancier doit être libre d'agir, comme il l'entend. On a le droit de lui dire : « conservez vos actions, » car on ne nuit pas à son droit. Mais lui dire : « Agissez, » c'est porter atteinte à sa liberté et à son droit de créance.

Voet (1) a soutenu que, depuis la novelle IV qui a introduit le bénéfice de discussion dans la législation romaine, la caution n'était tenue de payer que ce que le créancier ne pouvait pas recevoir du débiteur principal. Cela est exact. Mais à quel moment doit-on se placer pour déterminer l'étendue de l'obligation de la caution? Est-ce au moment de l'échéance ? Nullement. C'est au moment où le créancier entame les poursuites, et il est libre de les exercer quand il le juge à propos.

Si la caution souffre de l'insolvabilité du débiteur principal survenue après l'échéance de la dette, elle doit s'imputer de n'avoir pas acquitté la dette spontanément à l'échéance ; car, le débiteur principal qui était solvable alors, l'aurait intégralement désintéressé. Ce système a été consacré par notre code civil, article 2039.

Ainsi, nous décidons que l'insolvabilité encourue par le

1. N° 38. *Comment. du titre de la fidéj.*

débiteur principal ou l'une des cautions après l'échéance, est supportée par le *mandator solvable*, comme par le fidéjusseur ordinaire ; de même que toute diminution de valeur qui peut frapper les gages est à leur charge. Nous donnerons la même solution, quand un gage aura péri par cas fortuit. L'action du créancier contre les débiteurs accessoires demeurera entière, l. 52, princ. à notre titre, sans même qu'il y ait lieu de distinguer entre les fidéjusseurs ordinaires et les fidéjusseurs *indemnitatis*. Le texte cité est formel à l'égard de ceux-ci ; ils restent tenus, malgré la perte du gage. Au cas fortuit nous assimilerons le cas où le créancier, agissant hypothécairement, n'a succombé que par la faute, ou l'injustice du juge.

Les fidéjusseurs, *mandatores*, etc., ne seront pas déchargés de leur obligation. Toutefois, comme ils souffrent de l'injustice du juge, ils auront le droit de recourir contre lui. Inst. liv. IV, tit. 5, princip.

En résumé, et pour conclure, nous dirons que toutes les fois que la perte des actions est imputable au créancier, celui-ci est responsable du préjudice volontairement causé au *mandator pecuniæ credendæ*. Ce dernier pourra repousser l'action du créancier dans la mesure où il est lésé. A cet effet, il a l'*exceptio doli ut præstentur actiones*.

Cette disposition a passé dans notre Code (art. 2037). Remarquons seulement que, dans notre droit, il n'y a plus lieu de faire aucune distinction entre les cautions, car elles ont toutes le bénéfice de l'article 2037.

## COMPARAISON ENTRE LA FIDEJUSSIO ORDINAIRE ET LE PACTE DE CONSTITUT

Le constitut est un pacte prétorien par lequel une personne prend l'engagement de payer, à telle date, une dette déjà née.

Le constitut apparaît sous Auguste. Labéon, qui vivait sous ce prince, en fait mention à la loi 372, D. liv. 13, tit. 5.

Comme le mandat, le constitut ne fut nullement créé comme forme nouvelle de cautionnement. Sa fonction principale consistait à rapprocher le terme de l'obligation ou à le prolonger. Mais comme la *fidejussio* présentait quelques inconvénients pratiques, on vit dans le constitut un moyen facile d'y remédier. Pour cela il suffisait qu'un tiers promît de payer, à telle date, la dette d'autrui. Il faut ajouter une condition, toutefois, c'est qu'il n'eût pas l'intention de prendre la dette à sa charge exclusive ; auquel cas nous aurions, non plus un cautionnement, mais une *expromissio*.

Il existait entre la *fidejussio* ordinaire et le *constitut* plusieurs différences que nous indiquerons brièvement.

*Première différence.* — La *fidejussio* exige des paroles déterminées : *fidejubesne? fidejubeo*. Le *constitut*, au contraire, se forme *solo consensu*. A ce point de vue, le *constitut* présentait sur la *fidejussio* un réel avantage pratique.

*Deuxième différence.* — L'obligation contractée par le

fidéjusseur a le même objet que l'obligation du débiteur principal ; cette identité d'objet entraîne des conséquences que nous avons vues. L'obligation du *constituens*, au contraire, est distincte de l'obligation du débiteur principal. Le créancier aura deux actions : l'action civile, née du contrat, contre le débiteur primitif, en supposant que la dette de celui-ci soit civile, et l'action de *pecunia constituta* contre le débiteur accessoire. En intentant la première, il ne perdra pas la seconde. Il a ainsi un double recours assuré, comme dans le *mandatum pecuniæ credendæ*.

*Troisième différence.* — Le fidéjusseur peut accéder à toute espèce d'obligations. Il n'en est pas de même du *constituens* qui, avant Justinien toutefois, ne peut accéder à l'obligation du débiteur principal qu'autant qu'elle a pour objet une chose fongible, *quæ numero, pondere, mensurare constat.*

*Quatrième différence.* — L'action que le créancier a contre le fidéjusseur est perpétuelle, tandis que l'action contre le *constituens est annale.* Justinien effaça cette différence, en rendant l'action perpétuelle, loi 2, Code princip., liv. IV. Tit. 18.

*Cinquième différence.* — Le fidéjusseur peut garantir une dette future, tandis que le *constituens* ne peut accéder qu'à une obligation préexistante. A ce dernier point de vue, la *fidejussio* avait encore son utilité propre.

Ces différences une fois relevées, indiquons les ressemblances que le constitut avait avec la *fidejussio.*

Le *constituens* a le droit, comme le fidéjusseur, d'invo-

quer les bénéfices de cession d'actions, de division, et de discussion.

*a.* — Cession d'action.

Aucun texte n'accorde expressément le bénéfice de cession d'actions au *constituens* ; il y a lieu, cependant, de supposer que cette faveur lui était applicable. Le bénéfice avait l'équité pour fondement, car il était juste que l'on vînt au secours de personnes qui, bienveillamment, intercédaient pour autrui. Or, les *constituentes* intercédaient, comme les fidéjusseurs et les mandants ; ils méritaient la même faveur que ceux-ci.

Deux questions, faciles à résoudre, se présentent : 1° Comment le *constituens* invoquera-t-il le bénéfice de cession d'actions ? 2° Jusqu'à quel moment peut-il l'invoquer ?

1° Comment le *constituens* invoquera-t-il le bénéfice de cession d'actions ?

Le constitut est un pacte unilatéral donnant naissance à une seule obligation. Le *constituens*, en conséquence n'a pas d'actions, comme le mandant, pour contraindre le créancier à lui céder ses actions ; il ne peut les obtenir que par voie d'exception.

2° Jusqu'à quel moment le *constituens* peut-il invoquer la cession d'actions ?

Le fidéjusseur doit la demander avant la *litis contestatio*, tandis que le *constituens* peut la demander même après la *litis contestatio*. Cette différence tient à ce que les deux dettes du débiteur et du *constituens* n'ont pas le même objet. Mais après le paiement, à la différence du

*mandator*, le *constituens* qui n'a pas d'action contre le créancier, ne pourrait exiger de celui-ci la cession de ses actions contre le débiteur. Une cession volontaire serait toujours possible, mais nous ne voyons pas quel moyen de contrainte le *constituens* invoquerait.

B. — Bénéfice de division.

Le fidéjusseur a le droit de faire diviser les poursuites du créancier entre tous ses cofidéjusseurs solvables au moment de la *litis contestatio*. Nous avons vu que cette faveur avait été étendue aux *mandatores*. A-t-elle été également accordée aux *Constituentes*? Oui, mais tardivement. C'est Justinien en effet, qui, le premier, permit aux *Constituentes* de bénéficier du Rescrit de l'empereur Adrien (l. 3. Code liv. IV. Tit. 18).

C. — Bénéfice de discussion.

En étudiant le bénéfice de discussion, nous avons déjà vu que Justinien, par la novelle IV, avait accordé à toute caution le droit d'invoquer le bénéfice créé par lui. Nous ne reviendrons pas sur l'observation que nous avons faite, à propos de la traduction inexacte du texte grec. C'est à tort, avons-nous dit, que le texte latin porte *sponsores*, au lieu de *constituentes*.

# DROIT FRANÇAIS

## DES BÉNÉFICES DE LA CAUTION

### Comparaison entre la caution proprement dite et la caution solidaire

#### INTRODUCTION

Dans notre deuxième partie, nous nous proposons d'étudier ce que sont devenus, dans le Droit Français, les trois bénéfices de cession d'action, de division et de discussion. Comme nous le constaterons, au cours de notre étude, ils subirent bien quelques modifications, dans la rédaction du Code civil, mais en réalité, quant aux principes fondamentaux de la matière, ils sont restés ce qu'ils étaient dans la législation romaine.

Nous suivrons l'ordre adopté par les rédacteurs du Code. Dans un premier chapitre, nous étudierons le bénéfice de discussion ; dans un second chapitre, le bénéfice de division ; dans un troisième chapitre, le bénéfice de subrogation ; enfin dans un dernier chapitre, nous ferons une étude comparative entre la caution proprement dite et la caution solidaire.

# CHAPITRE PREMIER

## DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION

Le bénéfice de discussion est une faveur qui permet à la caution d'exiger du créancier qu'il poursuive d'abord, avant de s'adresser à elle, le débiteur principal.

Introduit dans la législation romaine par Justinien, ce bénéfice ne paraît pas avoir été accueilli avec grande faveur par le Droit Français du moyen-âge. La loi canonique dont l'influence était si grande à cette époque, ne l'avait pas admis. Beaumanoir n'en parle pas. Toutefois, les Établissements de Saint-Louis nous le signalent. Sans doute, cette apparition du bénéfice de discussion est due à l'influence du Droit Romain. En effet, nous voyons que dans certaines coutumes, lorsque la caution voulait renoncer au bénéfice de discussion, elle déclarait renoncer à l'*authentique præsente* qui est dans le Code, au titre *de fidejussoribus*, le résumé de la Novelle IV.

Le bénéfice de discussion exista donc à partir du xiie ou xiiie siècle. Mais il ne fut pas d'une pratique générale, et surtout facile. Toutes les coutumes ne l'avaient pas adopté, notamment la coutume de Bourgogne. Bien plus, celles qui lui avaient fait une place dans leurs lois

le soumirent à des conditions fort onéreuses pour la caution.

Malgré les attaques dont il avait été l'objet dans l'ancien Droit, le bénéfice de discussion fut maintenu par les rédacteurs du Code civil. Le législateur pensa qu'il était juste que le créancier s'adressât d'abord au principal intéressé, le débiteur, qui serait peut-être en mesure de désintéresser le créancier. On évitait ainsi des recours, on prévenait des procès.

Nous diviserons notre chapitre en trois sections. Dans la première, nous nous demanderons quelles sont les cautions qui peuvent invoquer le bénéfice de discussion; dans la seconde, nous examinerons les conditions auxquelles est soumis l'exercice du bénéfice; enfin dans la troisième section nous verrons quels sont les effets du bénéfice.

## Section I

### *Quelles sont les cautions qui peuvent invoquer le bénéfice de discussion?*

En principe, toute caution a le droit d'invoquer le bénéfice de discussion, mais, comme nous allons le voir, il existe des exceptions nombreuses qui résultent de la loi, de la convention des parties, ou des principes généraux.

*a* — Exceptions résultant de la loi.

La caution judiciaire, d'après l'art. 2042, ne peut demander la discussion préalable des biens du débiteur

principal; il en est de même du certificateur de la caution. Cette dérogation s'explique par la nécessité d'une prompte exécution des jugements.

*b.* — Exception résultant de la convention.

La caution peut, dans l'acte même constatant son obligation, renoncer à son droit. Pratiquement, le créancier exige toujours cette renonciation qui est devenue de style.

La caution peut renoncer tacitement à son droit en s'obligeant solidairement. Nous verrons, à notre étude comparative entre la caution ordinaire et la caution solidaire, que cette circonstance emporte la renonciation au bénéfice de division.

*c.* — Les exceptions, enfin, peuvent résulter des principes généraux.

La caution succède au débiteur principal; actionnée par le créancier, elle doit exécuter l'obligation contractée par le *de cujus*. Le cautionnement, en effet, est éteint par confusion, par la réunion sur la même tête des qualités de caution et de débiteur principal, qualités inconciliables; devenue débiteur principal, la caution cesse d'être caution, puisque le débiteur ne peut pas être caution de lui-même.

Aucune difficulté encore, au cas où le débiteur principal est notoirement insolvable. Une condition mise à l'exercice du bénéfice de discussion est l'indication faite au créancier par la caution de biens que celui-ci puisse saisir et faire vendre. Le débiteur n'ayant pas de biens,

cette condition ne pourra pas être remplie par la caution qui, dès lors, sera tenue de payer la dette.

Enfin il existe une troisième hypothèse où les principes écartent l'application du bénéfice de discussion. Pothier nous la signale (1). J'ai cautionné un vendeur et je revendique la chose même vendue. L'acheteur m'oppose que, en ma qualité de garant, je ne puis évincer. Ai-je le droit de répondre à l'acheteur : discutez préalablement les biens du vendeur, débiteur principal en cas d'éviction ? Non, dit Pothier, car l'exception de discussion implique que le débiteur principal peut payer la dette ; or, dans l'espèce, le vendeur ne pourrait pas satisfaire à la garantie, en défendant l'acheteur contre la revendication de la caution, celle-ci seule peut défendre l'acheteur ; elle le doit comme garante ; donc il n'y a pas lieu à discussion des biens du débiteur principal.

Telles sont les exceptions au principe que toute caution peut invoquer le bénéfice de discussion. Nous n'admettons que celles qui résultent d'un texte de loi, ou des principes généraux. Nous accorderons donc à la caution commerciale le droit de faire discuter les biens du débiteur principal, car aucun texte ne lui retire cette faveur. La question étant toutefois vivement controversée, il y a lieu de l'examiner avec quelques détails.

Quelques auteurs, notamment M. Troplong (1), soutiennent que la caution commerciale n'a pas droit au bénéfice de discussion. A l'appui de son opinion, l'éminent

1. *De la vente*, n° 177.
1. *Cautionnement*, n° 233.





jurisconsulte invoque les considérations de faits suivantes : « En matière de commerce, dit-il, la confiance, le crédit, la bonne foi doivent être exubérants. » En outre, les affaires doivent recevoir une prompte exécution ; le bénéfice de discussion serait une entrave à leur développement. Le créancier qui compte sur l'exécution d'une obligation, pour telle époque déterminée, éprouverait peut-être un préjudice grave, s'il était dans la nécessité de s'adresser d'abord à un débiteur dont la solvabilité lui paraît douteuse, la probité incertaine.

M. Troplong tire argument de l'article 142 du code de commerce aux termes duquel le donneur d'aval est tenu d'une manière principale, comme le tireur et les endosseurs.

Nous n'admettons pas cette opinion. Il est de règle générale que la caution peut invoquer le bénéfice de discussion, sauf exceptions écrites dans la loi ; or, aucun texte ne contenant de dérogation relativement à la caution commerciale, celle-ci a donc droit au bénéfice. Sans doute, le bénéfice est de nature à entraver la marche des affaires, mais cette remarque est sans valeur pour nous. Le législateur seul doit s'en inspirer pour introduire dans la loi une exception que les besoins du commerce rendent peut être nécessaire ; ce n'est pas à l'interprète à suppléer au texte, et à rechercher ce que le législateur aurait dû faire (1).

Quant à l'art. 142 du code de commerce, il ne nous pa-

1. En ce sens Pont. *petits contrats*, tome II, nº 158. Laurent XXVIII, nº 209, et l'arrêt de la chambre des requêtes du 4 mars 1851 (D. P. 51, 1, 123).

raît pas probant. Le donneur d'aval doit être considéré non comme une caution, mais comme un débiteur solidaire ; c'est comme tel qu'il est privé du bénéfice de discussion et non comme caution.

## Section II.

*Conditions d'exercice du bénéfice de discussion.*

Le créancier a le droit de s'adresser directement à la caution, à l'échéance de la dette, sans être tenu de mettre le débiteur principal en demeure de payer la dette, par une sommation. Ce point toutefois est controversé. M. Colmet de Santerre, soutient que la caution ne peut être poursuivie par le créancier que si celui-ci justifie du refus du débiteur principal de payer (1). Notre savant maître invoque, à l'appui de son opinion, l'art. 2011 qui est ainsi conçu : « celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. » Le créancier ne peut donc agir contre la caution qu'autant qu'il a la preuve du refus du débiteur principal d'exécuter son obligation, et cette preuve il la fait au moyen d'une sommation inutilement faite au débiteur principal.

Nous préférons admettre l'opinion contraire. A notre avis, la caution est tenue envers le créancier avec la même énergie que le débiteur principal. Si la dette est une au

1. Colmet de Santerre. Tom. VIII. 239 *bis* V.

point de vue de l'objet, elle ne l'est pas au point de vue passif ; le créancier a deux débiteurs au lieu d'un et il use de son droit en demandant la dette à la caution, sans s'inquiéter de la question de savoir si le débiteur est ou n'est pas en mesure de payer. En fait, nous le reconnaissons, le créancier le plus souvent, s'adressera d'abord au débiteur principal, mais il n'y est nullement obligé.

L'opinion que nous soutenons, a son point d'appui dans l'article 2021. Ce texte dit clairement que le créancier a le droit d'agir contre la caution, sans la mise en demeure préalable du débiteur principal.

En effet, quel est le droit de la caution poursuivie ? Opposer au créancier qu'il n'a pas constitué le débiteur ! nullement, elle a seulement le droit d'exiger la discussion préalable des biens du débiteur principal. Ne résulte-t-il pas de cette disposition que le créancier peut agir contre la caution, s'il le préfère, sans que celle-ci puisse exiger que le créancier mette préalablement en demeure le débiteur principal.

L'article 2011, dit-on dans le système opposé, contient la nécessité d'une mise en demeure. Le texte dit : la caution se soumet, etc., si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. Ces dernières expressions n'indiquent-elles pas suffisamment le caractère subsidiaire de l'obligation de la caution? N'apparaît-il pas clairement qu'une condition est mise à toute action contre la caution, la constatation du refus de payer de la part du débiteur principal ? Il est donc nécessaire qu'une sommation soit faite au débiteur principal, seule manière de bien établir que le débiteur ne satisfait pas à son obligation. Nous répon-

dons que cet article ne régit nullement les rapports du créancier et de la caution, rapports qui sont réglés par la section première du chapitre 11. Si une mise en demeure était nécessaire, l'article 2021 la signalerait : or comme nous l'avons vu, il ne reconnaît à la caution poursuivie qu'un seul droit, celui de faire discuter les biens du débiteur principal. L'article 2011, en disposant que la caution s'oblige à satisfaire à l'obligation si le débiteur n'y satisfait pas, veut dire que l'obligation de la caution est accessoire, que la dette doit être, en définitive, supportée par le débiteur principal.

Poursuivie par le créancier, la caution a le droit d'invoquer le bénéfice de discussion. Examinons les conditions d'exercice du bénéfice.

Les conditions auxquelles est subordonné l'exercice du bénéfice de discussion sont au nombre de trois.

1° La caution doit réquérir la discussion des biens du débiteur. La loi accorde une faveur à la caution, c'est à celle-ci à l'invoquer ; le juge ne peut d'office ordonner la discussion du débiteur.

Mais à quel moment la caution doit-elle invoquer le bénéfice de discussion ? Dans notre ancien Droit, cette question a donné lieu à de vives discussions qui résultaient de ce que les auteurs étaient divisés sur la nature de l'exception de discussion. Était-ce une exception péremptoire? elle pouvait être invoquée en tout état de cause; était-ce une exception dilatoire? elle devait, au contraire, être invoquée, comme toutes les exceptions de ce genre, avant tout débat au fond, *in limine litis*.

Dans une première opinion qui nous est rapportée par

Merlin (1), on soutenait que l'exception était péremptoire. Quel but, disait-on, poursuivait la caution? Voulait-elle seulement arrêter pour quelque temps, les poursuites dirigées contre elle? Non, car la caution espérait obtenir du bénéfice de discussion plus qu'une suspension de poursuites, elle comptait en obtenir sa libération, si le débiteur principal était solvable. L'exception de discussion était donc péremptoire; en conséquence, elle pouvait être invoquée en tout état de cause.

Dans une seconde opinion qui avait pour elle l'autorité de Pothier, on soutenait que l'exception de discussion était purement dilatoire. La caution, en l'opposant, voulait différer l'action du créancier contre elle, et non l'exclure. Le débiteur serait-il en mesure d'acquitter intégralement la dette, et de décharger ainsi la caution vis-à-vis du créancier ? c'était là, dans l'esprit de la caution, un point douteux, incertain. En invoquant l'exception, elle ne pouvait se dire désormais libérée, mais elle pouvait seulement espérer le devenir; autrement dit, sa libération était un effet possible, mais non certain du bénéfice de discussion. En conséquence l'exception de discussion ne pouvait être péremptoire ; elle était dilatoire. Dès lors, la caution devait l'opposer avant toute contestation au fond, autrement, elle était censée renoncer à la faveur qui lui était accordée par la loi.

C'est ce dernier système que le code civil a définitivement suivi, à l'art. 2022 qui est ainsi conçu : « le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal que

1. Merlin, *Rep. Caut.*, § 4, n° 1.

lorsque la caution le requiert sur les premières poursuites dirigées contre elle. » Toutefois, il est bon de remarquer que le projet du code civil portait simplement que le créancier n'est obligé de discuter le débiteur que lorsque la caution le requiert, ce qui semblait permettre à la caution d'opposer l'exception en tout état de cause. Cette rédaction a été changée sur la proposition du Tribunat. « Officieusement saisie, la section (1) de législation proposa d'ajouter ces mots : sur les premières poursuites dirigées contre elle. Si, en effet, différentes poursuites ont eu lieu contre la caution sans qu'elle ait requis la discussion des biens du débiteur, elle est censée avoir renoncé à la faculté que la loi lui donne. Le créancier ne doit pas être le jouet du caprice de la caution ; il doit pouvoir achever la route dans laquelle le silence de la caution l'a laissé avancer. »

Cette nouvelle rédaction de l'article 2022 changeait complétement la nature de l'exception de discussion : péremptoire dans le projet primitif, elle devenait simplement dilatoire. Le Tribunat avait fait triompher le système de Pothier. Mais ici nous devons entrer dans quelques détails.

La caution, dit le texte, doit invoquer le bénéfice de discussion sur les premières poursuites. Ces expressions signifient-elles que la caution, doit, sous peine de déchéance, proposer l'exception *in limine litis?* Un arrêt de la cour de Paris (2) a adopté cette manière de voir. La

1. Locré L. VII, p. 412. *Observations du Tribunat*, n° 5.
2. Paris, 21 avril 1810. Dalloz au mot *cautionnement*, n° 370, 2.

caution, dans ce système, a-t-elle laissé le procès s'engager, a-t-elle plaidé au fond, elle est privée du droit de faire discuter le débiteur principal. Ce système est trop absolu pour pouvoir être suivi. Il peut avoir pour lui le texte de la loi, mais il n'a certes pas son esprit. Expliquons-nous. Pothier, et après lui, le Tribunat, n'ont pas dit que la caution serait déchue du droit d'opposer l'exception, dès qu'elle aurait accepté de plaider au fond, sur quelque terrain que se porteraient les parties en cause, ils ont dit que la caution serait censée avoir renoncé au bénéfice de discussion, si elle laissait passer les premières poursuites, etc. Le fait d'avoir laissé passer les premières poursuites impliquera renonciation au bénéfice, mais, quand? Quel que soit le procès engagé? Nullement. La caution conteste l'existence de son obligation et plaide au fond sur ce terrain. Dira-t-on que, quelle que soit l'issue du procès, elle a désormais perdu le bénéfice? Comment admettre qu'elle ait tacitement renoncé au bénéfice? Elle nie sa dette, voilà le fait. Peut-on induire de là qu'il y a de sa part abandon tacite du droit de faire discuter le débiteur? Evidemment, non. Ah! que la caution laisse pratiquer et valider sur elle une saisie-arrêt, qu'elle laisse, sens protestation, vendre ses meubles, qu'elle demande encore un délai au tribunal pour payer; dans toutes ces hypothèses, nous n'hésitons pas à dire qu'il y a renonciation tacite au droit d'invoquer le bénéfice de discussion. En définitive, la question de savoir s'il y a eu ou non renonciation sera résolue en fait. Ce sera aux juges à examiner, suivant les circonstances, si la caution est censée ou non, avoir renoncé au bénéfice

de discussion. Ainsi, le débiteur principal étant insolvable au moment où la caution est poursuivie, celle-ci défend au procès, sans invoquer le bénéfice de discussion, car ce serait faire des frais inutiles. Dans l'espèce, a-t-elle renoncé au bénéfice? Non, car elle n'avait pas intérêt à l'invoquer. Mais que le débiteur principal acquière des biens, pendant le procès, la caution aura parfaitement le droit de le faire discuter. Jusque-là, en effet, aucun acte impliquant renonciation au bénéfice ne peut être relevé contre elle (1).

Quelle est la procédure que devra suivre la caution, au cas où elle voudra faire discuter préalablement le débiteur? Une distinction doit être faite. Si la poursuite est judiciaire, l'exception de discussion doit être proposée par acte d'avoué à avoué, avec offres de faire l'avance des frais nécessaires pour la discussion, et l'indication des biens à discuter, comme nous le verrons plus loin. Si la poursuite est extrajudiciaire, la discussion est alors opposée, avec les mêmes mentions, soit sur l'acte de commandement ou saisie, soit requise après coup par exploit signifié au créancier. Si celui-ci refuse de surseoir aux poursuites, il sera statué provisoirement par le tribunal du lieu de la saisie, qui renverra la connaissance du fond au tribunal compétent, conformément aux dispositions de l'article 554 du code de procédure.

2° La caution, nous dit l'article 2023, doit, en second lieu, avancer au créancier les frais nécessaires pour la discussion du débiteur. Le bénéfice a été, en effet, créé dans

1. En ce sens, M. Colmet de Santerre, tome VIII, n° 253 *bis*, I et II.

l'intérêt de la caution, et non du créancier. Obliger celui-ci à faire les frais de la discussion, ce serait lui causer un préjudice considérable, ce serait surtout méconnaître ses droits. Le bénéfice de discussion, véritable faveur inspirée par l'équité, ne conservera ce caractère que s'il pèse le moins possible sur le créancier.

Cette obligation imposée à la caution de faire l'avance des frais fut vivement critiquée par Goupil-Préfeln, au Tribunat. Selon lui, elle rendait le bénéfice de discussion illusoire : c'était d'une main, accorder le bénéfice à la caution, et de l'autre le lui retirer, car en définitive, c'est elle qui, obligée de faire tous les frais, intentera, en réalité, la poursuite, sans en avoir ni la direction, ni même le choix des conseils et des défenseurs (1) Goupil-Préfeln voyait dans le bénéfice un droit inhérent au cautionnement. La caution ne devait être poursuivie que si l'insolvabilité du débiteur principal était préalablement établie; elle était, en quelque sorte, débitrice conditionnelle. On comprend que, tel étant le point de départ du Tribun, les conditions imposées à la caution aient été critiquées par lui. Mais son opinion ne prévalut pas, Chabot lui répondit, et la réponse est péremptoire : « en faveur de qui est faite la discussion des biens du débiteur ? »

Ce n'est pas en faveur du créancier, puisqu'elle le force à des poursuites désagréables et qu'elle éloigne le paiement de la dette lorsqu'il pourrait, à l'instant même, contraindre la caution au paiement. La discussion n'est

1. Fenet, t. XV, p. 60 et suiv.

donc faite que pour le fidéjusseur ; elle n'a d'autre objet que de l'exempter du paiement ; elle ne profite qu'à lui, puisqu'elle lui procure sa décharge, ou au moins un délai. N'est-il pas juste qu'il avance les fonds nécessaires pour cette discussion qui n'est admise que dans son intérêt? »

A quel moment, la caution doit-elle faire l'avance des frais? La caution doit-elle aussitôt après avoir invoqué l'exception, réellement déposer, soit entre les mains du créancier, soit à la caisse des dépôts et consignations, une somme nécessaire pour la discussion, ou n'est-elle obligée de les fournir que si le créancier en demande l'avance, et au fur et à mesure des besoins ? La question est controversée, mais nous pensons que la caution doit immédiatement mettre à la disposition du créancier les fonds nécessaires à la discussion. Cette solution nous paraît imposée par le texte même et l'esprit de la loi.

En effet, la caution qui affirme l'existence de biens, d'une discussion facile, appartenant au débiteur principal, doit mettre le créancier en mesure de faire rapidement cette discussion ; et pour cela, il est bon que les frais de saisie et de vente soient assurés. La cour de Bordeaux a jugé en ce sens (1). Mais il existe un arrêt de la cour de cassation qui consacre l'opinion opposée (2).

Une difficulté peut s'élever sur le montant des avances que la caution doit faire. Si les parties ne se mettaient pas d'accord sur ce point, le différend serait tranché par le tribunal saisi de la demande du créancier.

1. 6 août 1833.
2. 21 mars 1827. D. 27, 1. 82.

3° La caution doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal. Elle croit que le débiteur principal est en mesure d'acquitter la dette, en totalité ou en partie ; qu'elle le prouve, en indiquant des biens que le créancier puisse saisir et faire vendre.

La loi dit, les biens, sans distinction entre les meubles ou immeubles. On a cependant mis en doute que le créancier fût obligé, sur l'indication faite par la caution, de discuter les meubles. Cette opinion est soutenue par Zachariæ. Cet auteur se fonde sur ce que, le plus souvent, les meubles ne pourront désintéresser le créancier. Cela est possible, nous le concédons. Mais où est-il dit que les biens indiqués doivent avoir assez de valeur pour acquitter la dette entière? Non seulement la loi ne dit rien de cette condition, mais, bien plus, l'article 2024 suppose que les biens indiqués ont pu être insuffisants. Que l'on n'objecte pas que le créancier ne peut-être contraint à recevoir un paiement partiel, car la loi, en créant le bénéfice de discussion, a précisément dérogé à cette règle, si tant est qu'il y ait là une dérogation au principe que le créancier a le droit d'exiger la créance entière. Le créancier, en effet, aussitôt qu'il aura discuté les biens du débiteur, s'il n'est pas intégralement désintéressé, pourra immédiatement demander le complément à la caution (1) Dans les cas rares, où le créancier refuserait de recevoir les sommes produites par la vente des biens et insuffi-

1. En ce sens : Laurent, Tom. XXVIII, § 213. Duranton, tome XVIII, nº 338. Massé et Vergé, tome V, p. 68, note 7. Colmet de Santerre, tome VIII, nº 254 bis, III.

santes pour le désintéresser, il faudrait les faire déposer, afin que la caution n'eût plus qu'à compléter le montant de la dette (1).

On peut supposer que la caution a omis d'indiquer tous les biens que le débiteur possède au moment où le bénéfice est invoqué, ou bien il peut se faire que, l'indication des biens étant complète mais insuffsante pour désintéresser le créancier, il survienne au débiteur de nouveaux biens. Que devons-nous décider dans ces deux hypothèses ? Le code ayant gardé le silence sur ce point, on s'est demandé si la solution soutenue dans notre ancien Droit par Pothier (2), devait être maintenue.

Or, Pothier décide que l'indication de tous les biens doit être faite en une seul fois sous peine de déchéance.

Si l'on admet avec certains auteurs, que cette doctrine est encore en vigueur, la caution ne pourra indiquer ni les biens qu'elle a omis, au moment où elle a réclamé la discussion, ni ceux que le débiteur principal ne possédait pas alors et qui ne sont entrés dans son patrimoine que postérieurement à l'indication. Cette solution rigoureuse est contraire à l'esprit et à la lettre de la loi. D'abord si les biens n'ont été acquis par le débiteur que depuis l'indication faite par le fidéjusseur, celui-ci n'a pu les désigner au créancier, car il n'est pas tenu à l'impossible. L'art 2023 qui dit que la caution doit indiquer les biens etc. ne vise évidemment que les biens actuel-

1. En ce sens : Colmet de Santerre, VIII, n° 254 bis, VII.
2. *Des obligations*, n° 411.

lement dans le patrimoine du débiteur, et non les biens à venir que le fidéjusseur ne peut connaître. Nous déciderons donc, dans ce cas, que la caution peut valablement faire une seconde indication. Il y a plus, même au cas où un bien a été omis par le fidéjusseur, nous donnons la même solution. La loi en effet, ne dit pas en termes positifs que l'indication doit comprendre tous les biens, mais seulement les biens ; elle n'ajoute pas, surtout, que la caution encourrait une déchéance, relativement aux biens présents omis, ou aux biens à venir. Toutefois, le créancier aurait droit à des dommages-intérêts, si la discussion à laquelle l'astreindrait une nouvelle indication de biens était de nature à lui porter préjudice. Sous cette réserve, nous déclarons donc fondé le droit de la caution à exiger la discussion des biens nouvellement désignés, car il ne serait plus juste de dire, si l'on admettait l'opinion contraire, que la caution ne peut être contrainte au paiement qu'après discussion des biens, c'est-à-dire du patrimoine tout entier du débiteur principal.

Les biens que la caution peut indiquer au créancier ne doivent pas être des biens quelconques. Le créancier n'est tenu de les discuter qu'autant qu'ils réunissent les trois conditions suivantes : 1° qu'ils soient situés dans le ressort de la cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait ; 2° qu'ils ne soient pas litigieux ; 3° s'il s'agit de biens hypothéqués qu'ils soient en la possession du débiteur principal. Reprenons ces diverses conditions.

1° Les biens doivent être situés dans le ressort de la cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait. Cette disposition a pour but de rendre la discussion courte et

facile. Si la situation des biens n'était pas prise en considération, le créancier pourrait se trouver obligé de discuter les biens éloignés, de là des retards et des frais considérables peut-être.

2° Les biens indiqués ne doivent pas être litigieux. On comprend aisément la raison de cette disposition : l'exécution de l'obligation serait trop retardée si le créancier devait soutenir des procès dont l'issue serait incertaine. Mais que faut-il entendre par biens litigieux ? On est d'accord pour dire que cette question sera résolue en fait par les tribunaux. Il n'est nullement nécessaire pour que la chose soit litigieuse, qu'il y ait contestation sur la propriété du bien et procès commencé (art. 1700. C. Civ.). Une chose sera litigieuse, et dès lors ne pourra être indiquée au créancier lorsque le débiteur aura sur elle un droit contestable, résoluble, lorsque même des hypothèques nombreuses la grèveraient. On a même jugé que des biens échus par succession au débiteur, mais encore indivis, étaient des biens litigieux dans le sens de l'article 2023 ; un créancier, en effet, ne peut mettre en vente des droits indivis, il doit préalablement provoquer le partage, ce qui peut amener un procès (1).

3° Enfin les biens indiqués, s'ils sont hypothéqués à la dette, doivent se trouver entre les mains du débiteur. Cette condition n'est nullement introduite dans l'intérêt du tiers détenteur ; elle s'explique comme les deux précédentes par la nécessité d'une discussion prompte et facile. Il est aisé de comprendre que la discussion des biens

1. Toulouse, 9 mars 1819. Dalloz, au mot *cautionnement*, 196.

hypothéqués aliénés présente plus de difficultés que la discussion des mêmes biens restés entre les mains du débiteur. Le tiers détenteur, en effet, peut avoir à opposer des moyens de défense susceptibles d'entraîner des lenteurs et des complications.

Cette troisième condition avait été vivement critiquée au tribunat, par Goupil-Préfeln. « Peut-être, disait-il, la caution n'avait-elle consenti à cautionner la dette qu'en considération de l'hypothèque. En lui retirant le droit de faire discuter l'immeuble aliéné, on la faisait souffrir d'une aliénation qu'elle n'avait pu empêcher. » Le tribun Chabot répondit que l'équité exigeait que la discussion ne fût ni longue ni difficile : autrement le bénéfice de discussion serait une atteinte au respect des conventions.

Avant de terminer notre matière, signalons une hypothèse qui a donné lieu à quelque difficulté. Une caution est intervenue pour un débiteur solidaire. Poursuivie par le créancier, a-t-elle le droit d'exiger la discussion non seulement des biens du débiteur qu'elle a expressément cautionné, mais encore des biens des autres codébiteurs solidaires? Pothier admettait l'affirmative, par deux raisons, une raison d'équité et un motif de droit. Il est juste, pensait-il, que la dette soit acquittée plutôt par les débiteurs véritables que par une caution, qui bienveillamment s'est obligée dans l'intérêt d'autrui. En outre, l'obligation solidaire étant la même pour tous les débiteurs, la caution de l'un est, à vrai dire, la caution de tous.

Cette opinion n'a pas prévalu pour les motifs suivants: La première raison, raison d'équité, d'humanité, dit Po-

thier (1), n'a aucune valeur en droit. Il ne s'agit pas de savoir s'il est équitable ou non que les débiteurs solidaires pour qui la caution n'est pas intervenue soient d'abord discutés, mais si la caution peut contraindre le créancier à discuter les biens de ces débiteurs, d'après les textes du code civil, seuls guides en cette matière. Quant à la seconde raison invoquée par Pothier, est-elle bien exacte ? est-il juste de dire que la caution de tel débiteur solidaire soit également caution des autres débiteurs solidaires ? La caution a pris l'engagement de payer, à défaut de tel débiteur solidaire, et non à défaut de tel autre. Cette convention passée entre le créancier et la caution doit être exécutée à la lettre. Obliger le créancier à discuter les biens des autres débiteurs solidaires, ne serait-ce pas violer la règle que les contrats ne peuvent produire aucun effet à l'égard de ceux qui n'y ont pas été parties ? L'obligation est une dit-on, et la même pour tous les débiteurs. Sans doute, mais cela signifie que le créancier ne peut exiger la dette qu'une seule fois, et que, le paiement effectué, tous sont libérés, car il y a unité de dette. Mais cette dette est contractée par plusieurs personnes ; il y a autant de liens qu'il y a de débiteurs, et rien n'empêche que ces débiteurs soient tenus sous des modalités différentes, que les uns fournissent des garanties réelles ou personnelles, et que les autres n'en fournissent pas. Au surplus, le système de Pothier que plusieurs auteurs ont adopté de nos jours, Troplong no-

1. Pothier *des oblig.* n° 412. *Contra* Bugnet sur Pothier et Paul Pont. t. II, N° 183. Colmet de Santerre, 254 *bis*, V. t. VIII.

tamment, ne nous paraît pas en harmonie avec l'article 2030. Aux termes de cet article, une caution qui a répondu pour tous les débiteurs solidaires, a un recours contre chacun pour la totalité, c'est-à-dire que la caution intervenue pour un seul débiteur solidaire ne peut recourir que contre ce dernier. Cela étant, comment pourrait-elle avoir le droit de faire discuter les biens des autres débiteurs solidaires? Le droit de discussion n'implique-t-il pas que celui qui l'invoque, s'il payait la dette, aurait un recours contre la personne même discutée? Or, il résulte de l'article 2030 que le fidéjusseur ne pourrait pas réclamer la dette aux débiteurs solidaires qu'il n'aurait pas cautionnés ; donc il ne peut exiger la discussion de leurs biens.

Ainsi donc, la caution ne pourra jamais exiger que la discussion du débiteur qu'elle a cautionné. Quant au certificateur de la caution, qui n'est en définitive que la caution de la caution, il pourra parfaitement opposer au créancier qui le poursuit, et la discussion du débiteur principal, du chef de la caution, et la discussion de la caution qui, vis-à-vis de lui, est débiteur principal.

En étudiant le bénéfice de discussion, en Droit romain, nous avons vu que la présence du débiteur principal était une condition d'exercice du bénéfice. Cette disposition du Droit Romain résultait d'une règle de procédure que nous avons signalée. Mais, dans notre Droit, il importe peu que le débiteur principal soit absent ou présent ; dans les deux cas, la vente des biens s'effectuera avec la même facilité et la même rapidité.

## SECTION III

*Effets du bénéfice de discussion.*

La discussion des biens du débiteur une fois terminée, deux hypothèses peuvent se présenter; le créancier a été complétement désintéressé, ou il ne l'a été que partiellement. Dans le premier cas, la caution est libérée; dans le second, elle doit compléter ce qui est dû au créancier. Mais ici une difficulté, relativement à l'imputation, peut se présenter. Donnons un exemple : La caution a garanti une dette de 12,000 francs, mais pour 6,000 francs seulement. Le créancier discute les biens du débiteur principal et obtient 6,000 francs. La caution est-elle libérée? Si la somme de 6,000 francs, produit de la vente des biens, est imputée sur la partie de la dette non cautionnée, il est clair que la caution sera tenue de payer le surplus. A notre avis c'est cette solution qui doit être adoptée. En effet, le créancier, en demandant une caution, n'a-il pas eu pour but de se réserver la faculté d'exiger de la caution, jusqu'à concurrence de 6,000 fr, toutefois, ce qu'il ne pourrait obtenir du débiteur principal? Or, dans notre espèce, le créancier n'ayant pas été intégralement payé a le droit de s'adresser pour le surplus à la caution, dans la limite de son obligation.

On cite, en sens contraire, un arrêt du Parlement de Paris, du 3 août 1709, d'après lequel l'imputation devait

se faire d'abord sur la partie de la dette cautionnée. L'arrêt invoquait une règle de droit selon laquelle, deux dettes existant, le paiement doit toujours être imputé sur celle qui est la plus onéreuse; or, de deux dettes, celle qui est cautionnée est certainement plus onéreuse que celle qui ne l'est pas. La règle de droit invoquée est certaine, mais elle ne trouve son application qu'autant qu'il existe deux dettes; or, telle n'est pas notre hypothèse.

Terminons notre chapitre du bénéfice de discussion par l'examen d'une question, autrefois fort controversée, mais aujourd'hui tranchée par le code civil. La caution a indiqué au créancier les biens à discuter; les frais de vente ont été avancés. Le créancier n'agit pas contre le débiteur, et celui-ci devient insolvable. Sur qui retombera l'insolvabilité du débiteur ? Est-ce sur la caution ? est-ce sur le créancier ?

Dans l'ancien Droit, avons-nous dit, cette question était vivement controversée. La coutume de Bretagne décidant que le créancier, une fois l'indication des biens faite par la caution, était responsable du défaut de poursuites. Mais Pothier et Henrys soutenaient l'opinion contraire. Le créancier, d'après ces auteurs, avait toujours le droit de s'adresser à la caution pour le surplus de ce qu'il n'avait pu obtenir du débiteur principal, à quelque époque qu'il eût discuté ses biens.

Le code civil a suivi sur ce point la coutume de Bretagne. Nous lisons, en effet, à l'article 2024 : « Toutes les fois que la caution a fait l'indication de biens autorisée par l'article précédent, et qu'elle a fourni les deniers suffisants pour la discussion, le créancier est, jusqu'à con-

currence des biens indiqués, responsable, à l'égard de la caution, de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par le défaut de poursuites. »

Ainsi, dès que la caution aura indiqué au créancier les biens à discuter et lui aura fourni les deniers suffisants, tout préjudice résultant d'une discussion tardive serait supporté par le créancier. Cette disposition est rationnelle et juste. Le créancier, en effet, aussitôt que les frais de la discussion de biens lui ont été avancés, devient le mandataire de la caution, et comme tel est responsable de toutes les suites de sa négligence (1). Quel sera le degré de la responsabilité encourue ? Elle sera égale au préjudice résultant de l'inexécution du mandat donné par la caution au créancier. Mais la preuve incombera à la caution qui devra établir que le créancier aurait pu obtenir soit le paiement intégral de la dette, soit tel dividende, si les poursuites avaient eu lieu à l'époque où l'indication des biens a été faite. Dans le premier cas, elle sera libérée quel qu'ait été pour le créancier le résultat des poursuites ; dans le second cas, elle devra seulement payer au créancier la différence non pas entre le montant de la dette et le dividende réellement touché, mais la différence entre cette même dette et le dividende qu'une discussion immédiate aurait produit.

La responsabilité que l'article 2024 fait peser sur le créancier, a pour cause la négligence de celui-ci à poursuivre la vente des biens du débiteur ; par conséquent,

1. Voir discussion au conseil d'état. Fenet. t. XV, p. 17 et suiv.

cela suppose que le créancier pouvait éviter l'insolvabilité et la prévenir. Aussi n'appliquerions-nous plus l'article, si le créancier établissait que le débiteur est devenu insolvable avec une telle rapidité qu'il lui a été impossible d'exercer des poursuites utiles. En pareil cas, aucune négligence ne peut être reprochée au créancier, la caution reste tenue. A ce sujet, Bonaparte avait demandé au Conseil d'Etat, lors de la discussion de notre article, que l'insolvabilité du débiteur survenue pendant les trois mois qui auraient suivi l'indication des biens, fût à la charge de la caution. Mais cette proposition ne passa pas. En fait, les tribunaux jugeront si le créancier a été ou non négligent.

## CHAPITRE II

### DU BÉNÉFICE DE DIVISION

Quand plusieurs cautions ont répondu de la même dette, l'art. 2025 du code civil dispose que chacune d'elles peut être poursuivie pour le tout. Cette disposition est remarquable.

En effet, quand une dette est contractée par plusieurs personnes, elles ne sont tenues chacune que pour sa part, s'il n'y a pas stipulation de solidarité. D'où vient qu'en matière de cautionnement, on déroge au droit commun? C'est là une question à laquelle on a vainement essayé de répondre. Toutefois, il y a lieu de l'examiner.

Dans l'ancien Droit Français, la règle romaine que chaque fidéjusseur est obligé à toute la dette, s'était conservée. Le fidéjusseur avait seulement, sur les poursuites du créancier, le droit d'invoquer le bénéfice de division entre les cautions solvables. Les codébiteurs d'une même dette étaient, au contraire, différemment traités : la division s'opérait de plein droit entre eux. Pothier (1) avait constaté cette différence, et il cherchait à l'expliquer. Il en donnait la raison suivante : chaque caution peut être poursuivie pour le tout, car il est de la nature du cau-

1. *Des obligations*, n° 415.

tionnement que la caution s'oblige à tout ce que doit le débiteur principal. C'est là une réponse, il faut l'avouer, peu satisfaisante. Ne peut-on pas dire. Pourquoi est-il de la nature du cautionnement que chaque caution réponde de toute la dette? Pothier répond, en définitive, à la question par la question même. La loi divise la dette de plein droit entre les débiteurs principaux ; pourquoi les débiteurs accessoires ne sont-ils pas soumis à la même règle?

Domat (1) a de même tenté de résoudre cette difficulté, mais son explication, comme celle de Pothier, n'en est pas une. En effet, il dit que chaque caution répond de toute la dette, parce que chacune promet la sûreté de toute la dette ; autant dire que la dette entière pèse sur tout fidéjusseur, parce que chaque fidéjusseur est tenu du tout. L'obligation, ajoute Domat, contractée par les cautions est naturellement solidaire. Non, l'idée de solidarité n'est pas admissible, car la solidarité ne se présume pas, et le bénéfice même de division que la loi accorde aux cautions, exclut toute solidarité. En effet, aux termes de l'art. 1203, le créancier peut demander toute la dette à celui des débiteurs solidaires qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division ; or, les cautions jouissent de ce bénéfice ; elles ne sont donc pas tenues solidairement

Le projet adopté par le conseil d'Etat était conforme à la tradition. Mais au Tribunat, à la section de Législation on le critiqua. Pourquoi, disaient quelques Tribuns, (Loc.

1. *Lois civiles*, liv. III, tit. IV, Sec. II, nº 6.

t. VII, p. 413) la dette ne se diviserait-elle pas de plein droit entre les cautions, comme cela a lieu entre les débiteurs conjoints? Les cautions, débiteurs accessoires, doivent-elles être traitées avec moins de faveur que les débiteurs principaux? Le projet accordait aux cautions le *droit* d'invoquer la division. Or, de deux choses l'une, ou la division était juste, ou elle ne l'était pas. Si elle était juste pourquoi ne pas la leur accorder de droit, sans qu'elles la demandent? Si elle n'était pas juste, alors le bénéfice de division lui-même devait être refusé aux cautions.

Ces observations, malgré leur fondement, ne furent pas écoutées. On vota sur la question et il y eut un partage égal. En conséquence, le projet présenté par la Commission et admis par le conseil d'Etat, c'est-à-dire l'adoption du système de notre ancienne jurisprudence, fut maintenu. Les cautions d'une même dette resteront donc tenues chacune pour la totalité. Inclinons-nous devant la loi, sans la comprendre.

Ces notions préliminaires exposées, nous abordons l'examen du bénéfice de division. Nous diviserons ce sujet en quatre sections:

Section I. — Qui peut invoquer le bénéfice de division?

Section II. — Entre quelles cautions, le créancier doit-il diviser son action?

Section III. — A quel moment la caution doit-elle opposer le bénéfice de division?

Section IV. — Quels sont les effets du bénéfice de division ?

## Section I

*Qui peut invoquer le bénéfice de division ?*

En principe, toute caution peut invoquer le bénéfice de division. Par exception, ne peuvent l'invoquer, les cautions qui ont été privées par la loi, ou qui y ont renoncé.

*a.* — *Cautions privées par la loi.* — Aux termes de l'article 142 du commerce, le donneur d'aval est tenu solidairement et par les mêmes voies que le tireur et les endosseurs ; or, l'article 1203 du code civil prive les débiteurs solidaires du bénéfice de division.

*b.* — *Renonciation.* — Le bénéfice de division constitue une faveur pour la caution. Elle est libre de la conserver ou de la perdre. La renonciation est expresse ou tacite.

1° *Renonciation expresse.* — Nous avons vu que, souvent en pratique, les cautions renoncent au bénéfice de discussion. Il en est de même du bénéfice de division. Dans l'acte même qui constate leur engagement, les cautions déclarent renoncer au bénéfice de division. Cette clause de renonciation est devenue de style (art. 2026).

2° *Renonciation tacite.* — La renonciation au bénéfice de division peut être tacite. Dans quels cas, l'intention de la caution de renoncer au bénéfice apparaîtra-t-elle ? Ce sera aux juges à résoudre cette question, d'après les circonstances, d'après les termes de l'acte constatant le cautionnement. Donnons quelques exemples.

Une caution est intervenue seule pour le débiteur principal. Postérieurement, de nouvelles cautions accèdent à la dette. Poursuivie par le créancier, la caution qui, la première, et seule, avait répondu pour le débiteur principal, peut-elle faire diviser les poursuites entre elle et les cautions intervenues dans la suite ? Non. Au début, elle était seule à cautionner le débiteur principal ; elle ne pouvait ignorer que le créancier aurait le droit, à l'échéance, de lui demander toute la dette.

Une caution s'est obligée solidairement. Nous verrons à notre étude comparative entre la caution ordinaire et la caution solidaire, que cette circonstance emporte renonciation au bénéfice de division.

En Droit romain, le bénéfice de division, était refusé au fidéjusseur qui de mauvaise foi, avait nié sa dette. L'ancien Droit français avait suivi sur ce point la loi romaine. Dans le silence du code civil, il nous est impossible de maintenir cette déchéance.

Que décider pour la caution judiciaire ? Dans l'ancien droit, Basnage et Pothier enseignaient, qu'elle était privée du bénéfice de division, comme de celui de discussion. Le code civil a bien reproduit, dans l'article 2042, cette théorie relativement au bénéfice de discussion, mais aucun texte ne retire formellement à la caution judiciaire le bénéfice de division. En conséquence, nous lui reconnaîtrons le droit de l'invoquer.

Le certificateur de la caution peut opposer les mêmes exceptions que celui dont il a garanti la solvabilité : dès lors, il aura le droit, s'il est poursuivi par le créancier, de faire diviser la dette entre lui et les cofidéjusseurs de la

caution qu'il a certifiée. Ajoutons que si plusieurs personnes ont répondu pour la même caution, elles pourront invoquer entre elles le bénéfice de division. Mais un cofidéjusseur n'a pas le droit de faire diviser les poursuites entre lui et le certificateur de son cofidéjusseur, car le créancier pourrait répondre que le fidéjusseur poursuivi et le certificateur n'ont pas répondu pour le même débiteur. Or, nous l'avons déjà vu, en étudiant le bénéfice de division, en droit romain, les fidéjusseurs n'ont droit au bénéfice de division que s'ils se sont obligés pour le même débiteur, et la même dette.

## Section II

### *Entre quelles cautions le créancier est-il tenu de diviser son action?*

Le créancier poursuit la caution et se voit opposer le bénéfice de division. Entre quelles cautions est-il tenu de diviser son action ? Les articles 2025 et 2026 répondent que le créancier doit diviser son action entre les cautions d'un même débiteur solvables.

Ainsi, le bénéfice de division exige la réunion de deux conditions : 1° les cautions ont dû intervenir pour le même débiteur ; 2° elles doivent être solvables. Examinons ces deux conditions. Comme nous les avons déjà étudiées en droit romain, il nous sera permis d'être bref sur cette matière.

*Première condition.*—La division n'est possible qu'entre les cautions qui ont répondu pour le même débiteur, car c'est seulement en cette hypothèse qu'elles sont cocautions. Par application de ce principe, aucune division ne peut avoir lieu entre la caution et son certificateur. En effet, s'ils répondent de la même dette, ils n'interviennent pas pour le même débiteur.

En outre, la caution, au regard de son certificateur, joue le rôle de débiteur principal; donc elle le garantit. Dès lors, comment pourrait-elle faire diviser la dette entre elle et le certificateur dont elle est le garant? De même encore, si le créancier a plusieurs codébiteurs solidaires, et que chacun de ces codébiteurs ait fourni une caution différente, ces cautions, n'ayant pas répondu pour le même débiteur, ne pourraient invoquer le bénéfice de division. Cette solution, toutefois, est contestée, par M. Troplong (1), notamment, qui a suivi la doctrine de Pothier. Nous connaissons la manière de voir de cet auteur, relativement à la caution d'un débiteur solidaire. Elle est en quelque sorte, dit-il, caution des autres débiteurs; elle peut donc opposer le bénéfice de discussion et de division. Nous avons combattu cette doctrine; nous ne reproduisons pas les arguments que nous avons déjà présentés, à ce sujet.

Est-il nécessaire pour que la caution poursuivie puisse invoquer le bénéfice de division, que les cautions aient répondu en même temps de la dette? M. Duranton s'est prononcé pour l'affirmative; mais nous ne pouvons ad-

1. Troplong, numéros 306 et 307.

mettre cette opinion. L'article 2025 ne distingue pas entre les cautions qui sont intervenues conjointement et celles qui ne sont pas intervenues conjointement. Sans doute, comme le fait fort judicieusement observer notre éminent maître M. Colmet de Santerre (1) quand les cautionnements résultent d'actes séparés, accomplis à des dates diverses, on peut soutenir que la première en date n'a pas compté sur la participation des autres à la charge du cautionnement. Néanmoins, la loi ne distinguo pas. L'article 2026, en accordant à chaque caution le droit de faire diviser les poursuites, vise évidemment les cautions de l'article précédent; c'est qu'en effet le bénéfice de division n'a pas été créé seulement pour l'avantage des cautions, il a eu pour but de diminuer les procès en recours en simplifiant les paiements. Il y a là un intérêt social que le législateur ménage d'habitude, dit M. Colmet de Santerre, et qui le justifie de n'avoir pas admis la distinction dont nous venons de parler.

Il n'est pas non plus nécessaire que les cautions se soient obligées sous les mêmes modalités. L'article 2025 ne contient aucune réserve, à ce sujet. La caution poursuivie est donc en droit de faire diviser les poursuites entre toutes les cautions.

*Deuxième condition.* — Les cautions doivent être solvables.

Le bénéfice de division, en effet, accordé par faveur, par grâce, à la caution, ne doit point nuire au créancier. Celui-ci a exigé plusieurs cautions dans le but d'assurer

1. Colmet de Santerre, Tome VIII, n° 257 bis, IV.

l'exécution de l'obligation ; l'obliger à supporter les insolvabilités qui pourraient survenir, avant toute poursuite, ce serait méconnaître ses volontés, et violer toute justice.

Deux questions doivent être examinées : 1° à quel moment se placer pour apprécier la solvabilité des cautions ? 2° qui supportera l'insolvabilité de la caution survenue après la division de la dette ?

*a.* — A quel moment doit-on se placer pour apprécier la solvabilité des cautions ?

En Droit romain, nous avons vu que le fidéjusseur poursuivi avait le droit de faire diviser les poursuites entre tous les fidéjusseurs solvables au moment de la *litis contestatio*. Cette disposition résultait de l'effet extinctif de la *litis contestatio*.

En Droit français, il n'existe pas, au cours du procès, de moment déterminé où la question de solvabilité doive être appréciée. L'art. 2026 s'exprime ainsi : « Lorsque, dans le temps où une des cautions a fait prononcer la division, il y en avait d'insolvables, cette caution est tenue, proportionnellement de ces insolvabilités ; mais elle ne peut plus être recherchée à raison des insolvavabilités survenues depuis la division. » C'est donc au moment où le juge prononce la division de la dette, qu'il faut se placer pour apprécier la solvabilité des cautions. Si une caution est devenue insolvable, avant cette époque, l'insolvabilité rejaillit sur la caution poursuivie, proportionnellement à sa part.

L'article 2026 suppose établie certaine, l'insolvabilité de telle ou telle caution, au moment où la division de la

dette est demandée par la caution poursuivie. Mais que décider au cas où elle est douteuse? Le créancier, ne croyant pas à l'efficacité des poursuites exercées contre telle caution, s'oppose à la division de la dette; une question de preuve surgit: est-ce au créancier à prouver que la caution désignée par le défendeur n'est pas en mesure de payer sa part de dette, ou est-ce au défendeur à justifier de la solvabilité de ses cocautions? Il existe sur ce point une controverse. Selon les uns, la preuve incombe au créancier, et cela pour deux raisons: 1° une raison de texte; 2° le droit commun.

1° *Raison de texte.* — L'art. 2023 oblige la caution qui oppose le bénéfice de discussion à indiquer les biens du débiteur principal, à faire l'avance des frais, en un mot, à justifier de la solvabilité du débiteur. Or, aucun texte ne reproduit, pour le bénéfice de division, cette disposition. La caution a donc le droit, sans conditions, de faire diviser les poursuites.

2° *Droit commun.* — En général, on présume la solvabilité des personnes plutôt que leur insolvabilité. Cela est naturel. La caution invoque cette présomption et l'oppose au créancier. Celui-ci prétend-il que, dans l'espèce cette présomption est fausse, que la caution est insolvable; à lui de le prouver (1).

Selon les autres, au contraire, c'est à la caution qu'il appartient d'établir que les cocautions entre lesquelles elle veut faire diviser la dette sont solvables. Quel est, en effet le fondement du bénéfice de division? C'est l'équité, l'ab-

1. En ce sens, Colmet de Santerre, Tome VIII, n° 257 bis, XII.

sence d'intérêt du créancier à diviser ses poursuites. Cela n'implique-t-il pas que la caution est en mesure de prouver, que, en effet, le créancier peut s'adresser utilement à chaque caution pour sa part ? N'oublions pas que, aux termes de l'art. 2025, les cautions d'un même débiteur s'obligent chacune à toute la dette. Telle est la règle. Par faveur, par grâce, la loi permet à la caution poursuivie d'invoquer le bénéfice de division, mais à une condition, c'est que le créancier n'éprouve aucun préjudice. La caution affirme-t-elle que le créancier sera intégralement désintéressé, même en divisant son action ? Qu'elle le prouve, si le créancier doute de la solvabilité des autres cautions. Cette solution nous paraît plus conforme à l'esprit de loi ; aussi nous préférons nous rallier au système qui la soutient. En Droit Romain, quand le créancier poursuivait l'un des fidéjusseurs pour le tout, si celui-ci prétendait que ses cofidéjusseurs étaient solvables ne devait-il pas prouver que l'*exceptio si non et illi solvendo sint* était fondée ?

En Droit romain, nous avons vu (1) que le fidéjusseur, lorsqu'il ne pouvait établir la solvabilité de ses cofidéjusseurs, avait le droit, en payant sa part, d'exiger que le créancier discutât d'abord les autres fidéjusseurs, avant qu'il fût fait droit pour le surplus. Si, aujourd'hui, la caution poursuivie donnait au créancier le même mandat, nous pensons qu'il devrait être accepté par le créancier, à une condition toutefois, c'est que la caution fît l'indication des biens et l'avance des frais.

1. Loi 10, D. liv. XLVI, tit. I.





*b.* — Aux risques de qui, est l'insolvabilité de la caution survenue après la division de la dette faite par le juge ?

L'article 2026 répond à cette question. L'insolvabilité est supportée toute entière par le créancier, et non par la caution qui a opposé le bénéfice de division. Il en est de même du bénéfice de discussion. Toutefois, nous devons signaler une différence entre les deux bénéfices. L'insolvabilité qui atteint le débiteur principal n'est à la charge du créancier qu'autant qu'elle pouvait être évitée par une discussion rapide. Est-elle survenue immédiatement après l'indication des biens, avec une rapidité telle que le créancier ne pouvait la prévenir, elle est supportée non plus par le créancier mais par la caution. Cette distinction rationnelle a sa base dans l'article 2024 qui ne rend responsable le créancier, à l'égard de la caution, de l'insolvabilité du débiteur principal que si elle est survenue par le défaut de poursuites. Au contraire, quand il s'agit du bénéfice de division, nous mettons l'insolvabilité de la caution à la charge du créancier, sans qu'il y ait lieu de distinguer si l'insolvabilité pouvait ou non être évitée. Cette différence tient à ce que l'exception de division est péremptoire et non dilatoire. Aussitôt que la division est prononcée, chacune des cautions se trouve libérée pour toute la partie de la dette qui est en dehors de sa part dans la division, et le créancier n'a plus d'action contre elle que dans les limites de cette part. En vain, une des cautions deviendrait insolvable, le créancier ne peut recourir contre les cautions solvables, non parce qu'il est en faute, mais parce qu'il n'a plus d'action contre elles, en dehors de leurs parts respectives. Cette solution

résulte directement de l'article 2026. Elle peut paraître injuste, surtout si la caution désignée par le défendeur devient insolvable, aussitôt la division faite; mais la loi est trop formelle pour que nous ne la respections pas.

Ainsi la division de la dette ne peut s'opérer qu'entre les cautions solvables. Y a-t-il lieu d'ajouter qu'elles doivent être en outre capables? L'une des cautions est incapable. Sera-t-elle exclue de la division? Pothier enseignait l'affirmative. Il donnait la raison suivante : Le créancier a exigé plusieurs cautions, précisément dans l'éventualité d'une nullité ou d'une rescision; il a voulu assurer l'exécution de l'obligation d'une manière énergique; il serait injuste de lui faire supporter l'incapacité de l'une de ses cautions. Nous estimons que la doctrine de Pothier doit encore être suivie aujourd'hui.

Que décider relativement aux cautions domiciliées en pays étranger? En Droit romain, il n'était pas permis de les comprendre dans la division. Cette disposition s'expliquait par une règle de procédure, en vertu de laquelle un absent ne pouvait être assigné. Dans l'ancien Droit français, la même solution fut admise, non pas pour le motif que nous venons de donner, la discussion des biens d'un absent étant désormais possible, mais parce que la saisie des biens de l'étranger était difficile. Aucun texte du code civil n'a reproduit la règle romaine. Dans le silence de la loi, que décider? Que la caution doit être comprise dans la division, en quelque lieu qu'elle soit domiciliée. L'article 2025 ne fait aucune distinction. Des auteurs ont exigé que l'étranger eût des biens en France, pour qu'il fût compris dans la division de la dette. Cette disposition

serait heureuse, nous le reconnaissons, mais elle n'est pas écrite dans la loi. Nous n'avons pas à rechercher ce que le législateur aurait dû faire, mais ce qu'il a fait.

## Section III

*A quel moment doit-elle invoquer le bénéfice de division?*

La division étant un simple bénéfice de la loi, elle n'a pas lieu de plein droit. En conséquence, elle doit être invoquée par la caution qui veut en profiter. Mais à quel moment le bénéfice doit-il être opposé? Il y a lieu de faire une distinction : ou les poursuites sont judiciaires, ou elles sont extrajudiciaires.

*A.* — Poursuites judiciaires.

L'article 2022 du code civil résout la question pour le bénéfice de discussion. La caution poursuivie doit l'invoquer, sous peine de déchéance, dès le début du procès, sur les premières poursuites, dit le texte. En est-il de même, relativement au bénéfice de division? Le code est muet sur ce point. Que décider ? Nous ne pouvons répondre à cette question qu'en recherchant la nature de l'exception de division. Or si l'exception de discussion est dilatoire, l'exception de division est péremptoire. Le Droit romain, l'ancien Droit français la considéraient comme telle. Le code en a-t-il changé la nature?

nullement. Il garde le silence. On doit en conclure qu'il maintient sur ce point les traditions.

Que l'exception de division est péremptoire et non dilatoire comme l'exception de discussion, c'est ce qu'il est facile de démontrer. Quel est le but, en effet, poursuivi par la caution qui invoque le bénéfice de division ? retarder l'action du créancier, suspendre sa condamnation ? Non : ce qu'elle veut c'est repousser dans une certaine mesure et définitivement la demande dirigée contre elle ; c'est anéantir l'action du créancier pour tout ce qui excède sa part ; c'est être quitte en un mot, envers le créancier, une fois sa part payée. L'exception qui est opposée dans ce but ne peut être que péremptoire.

En conséquence, quand le créancier demande judiciairement à la caution toute la dette, celle-ci peut invoquer le bénéfice de division, non seulement sur les premières poursuites, mais en tout état de cause. Toutefois, comme la caution est tenue de l'insolvabilité des cofidéjusseurs existante au moment où s'opère la division, il est de son intérêt d'en faire usage le plus tôt possible.

Le bénéfice de division ne peut être indéfiniment invoqué. Quand le jugement rendu contre la caution sera passé en force de chose jugée, la caution ne pourra plus opposer le bénéfice de division. Elle doit obéir à la condamnation et exécuter intégralement le jugement rendu contre elle. Opposer la division de la dette, ce serait créer une nouvelle cause de réformation des jugements. Mais que le jugement vienne à être cassé ; alors, le jugement

n'existant plus, la caution pourrait cette fois invoquer le bénéfice de divisision.

*b.*—Poursuites extrajudiciaires

Il faut supposer que la caution s'est obligée par acte en forme exécutoire. Le créancier poursuit la caution. Jusqu'à quel moment, celle-ci pourra-t-elle invoquer le bénéfice de division? Jusqu'à la vente des biens exclusivement, dit Duranton (1) ; après la vente, elle ne le pourra plus, « parce que ce serait jeter le créancier dans des longueurs maintenant sans objet utile pour la caution elle-même. »

La caution qui oppose le bénéfice de discussion est tenue de faire l'avance des frais destinés à poursuivre le débiteur principal (art. 2023). Aucun texte ne reproduit cette disposition rigoureuse, relativement au bénéfice de division, et cependant le créancier, pour discuter les biens des autres cautions sera obligé, peut-être, de faire de grands frais.

Quelle est la raison de cette différence? Cela tient à la différence de l'exception de discussion et de l'exception de division. La première est dilatoire; elle n'éteint pas l'action; elle laisse subsister la demande du créancier; et comme le délai que le créancier est obligé de subir est tout entier dans l'intérêt de la caution, il est naturel que celle-ci avance les frais de cette procédure qui suspend sa condamnation. Au contraire, l'exception de division est péremptoire. La caution, une fois sa part payée, est quitte en-

1. Duranton, tome XVIII, p. 368, numéro 348.

vers le créancier; c'est à celui-ci qu'il appartient de poursuivre les cofidéjusseurs pour les parts qui leur incombent. Si toutefois, par erreur, une caution avait été présentée au créancier, au moment de la division, comme solvable, alors qu'elle ne l'était plus, le créancier aura le droit de rechercher, dit l'art. 2026, le fidéjusseur qui a payé sa part, et de le rendre responsable du préjudice que lui a fait éprouver une discussion inutile. Mais ce recours n'empêche pas qu'à un certain moment, les cautions sont devenues étrangères les unes aux autres, et que, par suite, il eût été contradictoire de demander à l'une l'avance des fonds pour discuter l'autre.

Terminons cette section par une observation, nous avons toujours supposé que le créancier poursuivait la caution pour toute la dette. Celle-ci répondait en invoquant le bénéfice. Mais que décider, dans l'hypothèse, où avant toute poursuite, la caution vient, spontanément, offrir au créancier sa part de dette? Celui-ci doit-il accepter ce paiement partiel? Dans l'ancien Droit, on admettait la négative. Dans le silence du code, il y a lieu de donner la même solution. Reconnaître, en effet, à la caution le droit d'imposer au créancier un paiement partiel, ce serait lui enlever la faculté de demander intégralement la dette soit au débiteur principal, soit à une caution qui volontairement aurait renoncé au bénéfice de division; par suite ce serait lui nuire. Au surplus, si l'inaction du créancier est préjudiciable à la caution, qu'elle poursuive le débiteur principal pour le contraindre soit à payer, soit à lui procurer décharge du cautionnement. Elle peut

encore payer toute la dette et agir ensuite soit contre le principal obligé, soit contre ses cofidéjusseurs.

Nous donnerons une solution contraire, si les cautions s'étaient engagées à ne payer chacune qu'une partie de la dette principale, comme le tiers où le quart, par exemple. Le créancier ne peut refuser, en pareil cas, le paiement partiel que lui offre une caution; car celle-ci n'a garanti qu'une fraction de la dette; elle ne doit, et ne devra jamais rien au delà de cette fraction. Or, le droit de tout débiteur est de prévenir les poursuites du créancier et de lui payer ce qu'il lui doit.

## Section IV

*Quels sont les effets du bénéfice de division ?*

Pour terminer notre chapitre, il nous reste à indiquer les effets du bénéfice de division. Il y a lieu, à ce sujet de faire une distinction : ou la division est demandée, en justice, par la caution poursuivie, ou la division est consentie par le créancier lui-même.

*a. — La division est demandée en justice par la caution.* — Nous avons déjà vu que la caution était, en pareille hypothèse, responsable de l'insolvabilité de ses cofidéjusseurs existante au moment où s'opérait la division. Nous ne reviendrons pas sur ce point.

*b. — La division est consentie par le créancier lui-même.* — Cette hypothèse est prévue par l'article 2027 ainsi conçu :

« si le créancier a divisé lui-même et volontairement son action, il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a ainsi consentie, des cautions insolables. »

Ainsi la caution ne peut être recherchée par le créancier, et être rendue responsable de l'insolvabilité des cofidéjusseurs existante au moment de la division, et même antérieure à cette époque, quand le créancier a lui-même divisé son action. Au contraire, avons-nous dit, la caution qui invoque judicairement le bénéfice de division, n'est déchargée que de l'insolvabilité de ses cofidéjusseurs survenue après sa demande de division. Quelle peut-être la raison de cette différence? Elle nous est implicitement donnée par le texte lui-même. L'article 2027, en effet, s'exprime ainsi : « si le créancier a divisé lui-même et volontairement, etc. » Cette dernière expression implique que le créancier avait connaissance de l'insolvabilité des autres cautions, et a voulu la prendre exclusivement à sa charge. La disposition de de l'article 2027 est donc fondée sur l'intention du créancier. On doit en conclure que si le créancier n'avait pas connaissance de l'insolvabilité des autres fidéjusseurs, il avait le droit de poursuivre la caution qui a déjà payé sa part, pour lui demander de combler le déficit ; car une division faite en ces conditions ne peut passer pour être volontaire.

De quels faits résultera la renonciation du créancier au droit de poursuivre pour le tout la caution? La renonciation peut être expresse ou tacite.

*A.* — *Expresse.* Ce cas est simple et ne comporte aucun développement.

*C.* — *Tacite.* Le créancier, tacitement, renonce à son droit dans deux cas : 1° aux termes mêmes de l'article 2027, quand il divise volontairement son action. Cette décision était celle de Pothier ; le code l'a reproduite.

Cette solution est remarquable, en ce sens qu'elle s'écarte des règles admises en matière de solidarité. Aux termes de l'article 1211, il ne suffit pas que le créancier ait divisé son action entre les débiteurs solidaires pour qu'il ait renoncé à la solidarité, il faut de plus que le débiteur solidaire poursuivi ait acquiescé à la demande pour partie faite contre lui, ou qu'il soit intervenu sur cette demande un jugement de condamnation. Cette différence entre le cautionnement et la solidarité tient à la faveur particulière avec laquelle sont vues les cautions ; 2° le créancier renonce encore à son droit, quand il reçoit de la caution le paiement de sa part.

Dans ces deux cas, il y a certainement de la part du créancier intention de renoncer au droit d'agir pour le tout. En toute autre hypothèse, les tribunaux apprécieront.

La renonciation faite par le créancier au droit de demander toute la dette à l'une des cautions ne profitera, bien entendu, qu'à cette caution. Le créancier aura toujours le droit de s'adresser aux autres fidéjusseurs pour le montant de la dette, déduction faite de la part que doit supporter la caution qui bénéficie de la renonciation du créancier.

## CHAPITRE III

### DU BÉNÉFICE DE SUBROGATION

Le troisième bénéfice accordé à la caution est le bénéfice de subrogation. Nous en connaissons l'origine : elle est romaine. Le fidéjusseur, poursuivi par le créancier, refusait d'acquitter la dette, tant que celui-ci ne lui avait pas cédé les gages et hypothèques qui en garantissaient le paiement ; et pour le contraindre à la cession de ses droits, il avait l'exception *cedendarum actionum*. Nous avons vu les difficultés auxquelles avait donné leu, en Droit romain, cette cession. Le paiement effectué par le fidéjusseur éteignant la dette, comment le créancier, que la cession fût de sa part volontaire ou forcée, pouvait-il investir le fidéjusseur qui le payait des gages que le débiteur ou un tiers avait pu lui donner? On écarta habilement cette difficulté, en imaginant une vente fictive que le créancier faisait au fidéjusseur de ses droits, moyennant un prix égal au montant de la dette : « *non solutum recepit*, nous disent les textes, *sed quodammodo nomen debitoris vendidit.* » Cette fiction de la vente, une fois créée, restait l'exécution. Or, à Rome, un créancier ne pouvait céder sa créance ; il lui était interdit de donner à son débiteur un nouveau créancier, sans son consentement. Il y avait là une nouvelle difficulté ; elle fut

vaincue comme la première. S'il n'était pas permis de transmettre un débiteur, comme on transmet le droit que l'on a sur une chose, il n'était pas défendu de donner mandat à un tiers d'agir en justice, en votre lieu et place, contre votre débiteur, et de dispenser ce tiers mandataire de rendre compte. Le moyen d'exécuter la vente fictive créée par les jurisconsultes était ainsi trouvé. Le créancier chargeait le fidéjusseur d'exercer ses actions contre le débiteur principal, et il le dispensait de rendre compte ; il le constituait *procurator in rem suam*.

Le bénéfice de cession d'actions passa dans le Droit Français, mais en se transformant. La règle romaine qu'un droit personnel ne peut être cédé, fut abandonnée, comme trop étroite et trop subtile. Désormais, la caution n'agit plus comme mandataire du créancier, mais comme cessionnaire véritable de ses droits. La vente fictive qui avait toujours lieu eut pour effet d'amener un déplacement de créance, d'en investir la caution elle-même. Mais cette cession, comme à Rome, n'avait pas lieu de plein droit ; elle devait être demandée. Dumoulin, cependant, dans sa première leçon faite à Dôle en 1555, soutint que la cession avait lieu de plein droit : il pensait que la caution, comme tous ceux qui s'obligeaient avec d'autres ou pour d'autres, devait être légalement subrogée aux droits du créancier qu'elle désintéressait ; il était rationnel d'admettre que le paiement avait été fait par elle sous la condition que les gages possédés par le créancier lui seraient assurés. Cette solution, selon Dumoulin, avait son origine dans le Droit Romain. Cette nouvelle

théorie avait pour elle la logique et l'équité; mais, si séduisante qu'elle était, elle ne pouvait triompher. Dumoulin commettait une erreur quand il affirmait que la cession s'opérant *ipso jure* avait été admise à Rome. Aussi il ne convertit personne. Pothier (1) nous apprend que, de son temps, débiteurs solidaires, cautions, en un mot tous ceux qui étaient tenus avec d'autres ou pour d'autres devaient requérir la subrogation, s'ils voulaient bénéficier des garanties hypothécaires attachées à la dette ; autrement, ils n'avaient, pour recourir contre leurs coobligés, ou les débiteurs principaux, que leur action personnelle de mandat ou de gestion d'affaires.

Les rédacteurs du code civil ont par les articles 1251, 3°, 2029, consacré les idées si logiques et si équitables de Dumoulin. Désormais, par la seule force de la loi, et indépendamment de toute cession, la caution, comme toute personne tenue avec d'autres ou pour d'autres, sera subrogée à tous les droits du créancier.

Ainsi la caution, aussitôt le paiement effectué, aura deux actions, à son choix, pour recouvrer ses déboursés, l'action personnelle de mandat ou de gestion d'affaires et l'action en subrogation.

Le bénéfice de subrogation dont nous abordons l'examen, est accordé à toute caution mandataire ou non du débiteur principal, et même à la caution intervenue contre le gré du débiteur ; l'article 2029 est général. Nous réservons, bien entendu, le cas où la caution s'est obligée envers le créancier, avec l'intention de faire une

1. Obl. n° 280.

libéralité au débiteur principal, si elle venait à payer pour lui.

Ces notions préliminaires exposées, nous diviserons notre chapitre en deux sections.

Dans la première section, nous nous demanderons quelle est l'utilité de la subrogation. Dans la seconde section, nous étudierons les effets de la subrogation, dans les rapports de la caution avec le créancier, avec le débiteur principal, avec les autres cautions, et avec le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué à la dette.

## Section I

### *De l'utilité de la Subrogation.*

Pour répondre à cette question, deux hypothèses doivent être distinguées : 1° le débiteur principal est solvable ; 2° il n'est pas solvable.

*a. Le débiteur principal est solvable.* — En pareille hypothèse, la caution n'a pas intérêt à invoquer la subrogation ; l'action personnelle qu'elle a contre le débiteur principal, action de mandat ou de gestion d'affaires, lui suffit ; elle peut même lui être plus avantageuse que l'action du créancier.

La créance de celui-ci, en effet, peut n'être pas productive d'intérêts ; la prescription est accomplie ou à la veille de l'être. La caution, comme mandataire, et même, dans une opinion généralement admise, comme gérant d'affaires, a droit aux intérêts de ses déboursés, du

jour où ils ont été faits ; l'action née du paiement se prescrit par trente ans.

*b. Le débiteur principal est insolvable.* — L'action personnelle de mandat ou de gestion d'affaires serait, en pareil cas, d'une garantie insuffisante. Le débiteur ayant un passif supérieur à son actif, la caution devrait subir la loi du dividende. La subrogation aux droits du créancier lui permet heureusement de l'éviter. Grâce au droit de préférence que lui donne les sûretés attachées à la dette, elle pourra rentrer dans ses déboursés.

Mais ici une question importante se pose. Que comprend l'action subrogatoire ? La caution subrogée peut-elle répéter non seulement le capital déboursé, mais les intérêts, frais de procès, dommages-intérêts même auxquels un fidéjusseur peut avoir droit ? (article 2028). Examiner cette question, c'est rechercher quel est l'effet principal de la subrogation.

Il y a sur ce point deux systèmes.

Examinons-les.

*Premier système,* — La subrogation a pour effet principal d'investir la caution de la créance même qu'avait le créancier, avec tous les accessoires de cette créance, hypothèques, titre exécutoire, etc. En un mot, la caution entre dans tous les droits du créancier. L'article 2029 est formel à cet égard.

Si l'on admet ce point de vue, la question que nous venons de poser recevra la solution suivante : la caution pourra réclamer, par l'action de subrogation : 1° le montant de la dette ; 2° les intérêts, si la créance était productive d'intérêts, 3° les frais de procès remboursés au créancier,

(ces frais sont, en effet, compris dans la créance que le créancier est censé céder à la caution qui le paye). Mais elle ne peut nullement réclamer, par cette action, les dommages-intérêts auxquels elle prétend avoir droit ; elle doit intenter, à cet égard l'action du mandat.

*Deuxième système.* — La subrogation a pour effet d'investir la caution non pas de la créance elle-même, mais seulement des hypothèques, privilèges qui en garantissaient le paiement. La subrogation diffère à ce point de vue de la cession de créance. Il n'est pas possible, disent les partisans de ce système, que la créance elle-même puisse passer à la caution, puisque le paiement fait par celle-ci l'éteint complétement.

Si l'on admet cette manière de voir, la caution pourra réclamer, par l'action en subrogation, non seulement ce qu'elle a déboursé, intérêts et frais, mais même les dommages-intérêts auxquels lui donne droit (1) l'article 2028.

Nous repoussons ce dernier système, comme contraire au texte même de la loi. Les articles 2029 et 1250 sont formels : la subrogation a lieu à tous les droits du créancier, donc à la créance, aux hypothèques, etc...Telle était l'opinion de Pothier, et rien ne nous indique que le code l'ait rejetée. Le paiement que fait la caution éteignant, dit-on, la créance, le créancier ne peut céder un droit qu'il n'a plus. Mais répondrons-nous, si la créance éteinte par le paiement ne peut être cédée, comment les garanties hypothécaires accessoires de cette créance, passent-

1. Zachariæ, t. III, p. 161, § 427.

elles à la caution ? le paiement qui éteint le principal n'éteint-il pas en même temps l'accessoire ?

## SECTION II

### *Des effets de la subrogation.*

Nous diviserons notre deuxième section en quatre paragraphes.

1° Nous étudierons la subrogation dans les rapports de la caution et du créancier ;

2° Dans les rapports du débiteur et de la caution;

3° Dans les rapports des cofidéjusseurs entre eux ;

4° Dans les rapports de la caution et du tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué à la dette.

§ 1. — *De la subrogation dans les rapports de la caution et du créancier.*

La subrogation a pour effet principal, nous l'avons déjà dit, d'investir la caution qui paie le créancier de la créance elle-même qu'a celui-ci, et de tous les accessoires de cette créance, hypotèques, privilèges, etc. Cette investiture légale qui est le résultat d'une cession fictive de la part du créancier, a pour fondement une règle de Droit naturel que nous ne pouvons refuser aux autres ce qui leur est utile sans nous nuire : *quæ sunt iis utilia qui accipiunt, danti non molesta, dit Cicéron* (1). Dumoulin (2)

1. *D. officiis.* 1. 16.
2. Dumoulin, *de usuris*, 9, 89, n° 672.

exprime la même idée : *istud jus non fundatur nec debetur stricto jure, sed ex æquitate : et specialiter ex illa æquitate, est saltem is qui petiit cessionem consequatur quod, sine dispendio cedentis, futurum est.* Le créancier a de bonnes hypothèques qui garantissent le paiement de la dette ; la caution le désintéresse. Quel intérêt aurait-il à lui refuser la cession de ses droits ? Aucun. L'absence d'intérêt du créancier, l'intérêt de la caution à invoquer les droits du créancier, voilà, on peut le dire, la double raison d'être de la subrogation.

Le créancier, disons-nous, n'a aucun intérêt à refuser la cession de ses droits. Cela implique que la subrogation obtenue par la caution ne peut nullement lui nuire. La caution, sans doute, prend ses droits ; elle lui est subrogée. Mais à qui peut-elle opposer cette cession ? Au créancier subrogeant ? Non. Celui-ci, en effet, n'a pas cédé sa créance. La cession fictive imaginée par la loi pour expliquer la transmission des garanties attachées à la dette n'existe, à vrai dire, que dans les rapports de la caution et du débiteur ; elle n'est pas opposable au créancier. En réalité, celui-ci a reçu un paiement. En aucun cas, la caution ne pourra se prévaloir, à son égard, de la subrogation. Quelques exemples suffiront pour mettre cette idée en lumière. J'ai loué ma ferme à Primus qui m'a donné pour caution Secundus. Ce dernier paie les fermages que me doit Primus. Subrogée à tous mes droits, la caution pourrait-elle demander la résiliation du bail, dans le cas où le débiteur principal ne la paierait pas ? Admettre l'affirmation, ce serait détourner la subrogation de son but ; ce serait nuire au créancier qui a sans doute intérêt à ce que le

bail continue. — J'ai une créance de 10,000 francs garantie par une hypothèque contre Pierre. Paul, caution, me paie la moitié de la dette, et obtient ainsi la subrogation pour la somme de 5,000 francs. L'immeuble hypothéqué à la dette est vendu, et ne donne que 5,000 francs. Le créancier et la caution concourront-ils? Nullement : la somme de 5,000 francs sera exclusivement attribuée au créancier. Cette décision n'est pas contredite par l'article 544 du Code de commerce. La caution, en effet dans l'hypothèse du texte, se présente à la faillite du débiteur principal, non comme subrogée, mais comme gérant d'affaires (Code civil, art. 1215 et 2028); donc l'article 1252 ne peut lui être opposé. C'est en vain qu'on objecterait que la caution a garanti le paiement intégral, et que, dès lors, il lui est défendu de diminuer par sa présence la part du créancier. Nous répondrons qu'en s'engageant à garantir le paiement, le fidéjusseur n'a pas renoncé à devenir aussi créancier du débiteur principal ; que son droit sur ce point est écrit dans l'article 2028 ; Code civil; que par conséquent le créancier a dû s'attendre au léger dommage que ce concours lui causerait (1).

La règle que la subrogation n'est pas opposable au créancier par la caution est ainsi formulée : nul n'est censé avoir subrogé contre soi : « *nemo censetur subrogasse contra se.* »

Cette règle est consacrée par l'article 1252 du code

1. En ce sens Boistel, *Précis du droit commercial,* n° 995, page 728. Alauzet, n° 2768. Bravard, t. V, p. 607. Rej., 26 déc. 1871. D. P., 73, 1, 148.

civil ; elle l'avait été déjà par la loi 2, au code *de fidejussoribus*.

Toutefois, n'exagérons pas l'importance de la règle. Le créancier ne peut l'invoquer qu'autant que la caution voudrait se prévaloir de la subrogation à l'égard de l'affaire qui leur est commune. Supposons que le créancier ait deux hypothèques, pour deux dettes distinctes, sur un immeuble. La première dette est cautionnée par un tiers qui l'acquitte. Subrogée au droit du créancier, la caution, dans l'ordre qui sera ouvert sur le prix de l'immeuble hypothéqué, aura le droit de se faire colloquer la première. Pour la seconde dette, le créancier aura le second rang ; car, comme la caution n'est pas subrogée aux droits du créancier, relativement à cette seconde dette, celui-ci n'est nullement fondé à invoquer la maxime : *nemo contra se subrogasse censetur*.

### § 2. — *De la subrogation dans les rapports du débiteur et de la caution.*

Nous examinerons, dans notre deuxième paragraphe, le recours de la caution et les actions qui le garantissent. Or, deux hypothèses sont possibles : la dette a été contractée par un seul débiteur principal, ou elle a été contractée par plusieurs débiteurs, soit solidaires, soit conjoints.

#### 1° Un seul débiteur a contracté la dette.

La caution a deux actions, l'action de mandat ou de gestion d'affaires et l'action en subrogation. Si le débiteur principal est solvable, la première action est préférable :

par elle, en effet, la caution obtiendra non seulement ses déboursés, les intérêts du jour où elle aura payé la dette, mais encore des dommages-intérêts, au cas où le cautionnement lui aurait causé un préjudice. Si, au contraire, le débiteur est insolvable, la caution a intérêt à invoquer de préférence l'action en subrogation : peut-être le créancier avait-il de bonnes hypothèques ou des privilèges qui assuraient le paiement de la dette. C'est de cette deuxième action que nous nous occuperons désormais.

La subrogation, à l'égard de la caution, est une véritable cession de créance ; elle l'investit de tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. L'article 2029 est formel. Cette cession, sans doute, ne peut pas être opposée au créancier, car, pour ce dernier, la subrogation constitue un paiement ; mais dans les rapports de la caution et du débiteur, elle est entière. Toutefois, n'oublions pas que la subrogation a été imaginée, dans l'intérêt de la caution, pour empêcher que celle-ci ne souffrît du paiement ; elle n'est pas une spéculation, mais un bon office rendu à la caution qui acquitte la dette d'autrui. Cette observation est importante ; elle entraîne les conséquences suivantes : le créancier a donné quittance à la caution, sans exiger intégralement la dette. Celle-ci est-elle en droit de réclamer au débiteur principal toute la dette? Nous supposons que le créancier n'a nullement eu l'intention de faire à la caution une libéralité qui, dans l'espèce serait égale à la différence entre la somme réellement payée par la caution et le montant de la dette. Notre solution n'est pas douteuse. La caution subrogée ne peut exercer les droits du créancier que dans la li-

mite de ses impenses; une fois remboursée, elle cesse d'être cessionnaire des droits du créancier, car, la fiction sur laquelle repose la subrogation a perdu sa raison d'être. — Une rente, garantie par une caution, a été par convention, déclarée non remboursable pendant un certain délai (art. 530, art. 1911, Code civil). La caution offre au créancier qui accepte, de racheter la rente. Le débiteur veut, de suite, désintéresser la caution, sans attendre l'expiration du délai pendant lequel la rente devait être irrachetable. En a-t-il le droit ? Oui : la caution, quoique subrogée, ne peut objecter que le créancier avait le droit de refuser le remboursement de la rente par anticipation. Ce serait, en effet, détourner la subrogation de son but, la faire servir à la spéculation, alors que sa fonction est de garantir contre toute perte.

Cette réserve faite, la subrogation investit la caution de tous les droits qu'avait le créancier au moment du paiement.

Et d'abord, disons-nous, la caution a tous les droits du créancier. Celui-ci a-t-il des hypothèques, des privilèges, elle les exercera; la créance est-elle munie d'un titre exécutoire, elle pourra immédiatement en poursuivre l'exécution, etc.

On a discuté sur la question de savoir si la caution pouvait invoquer l'action résolutoire et en conserver le bénéfice. Ainsi la caution d'un acheteur a payé le vendeur. Celui-ci avait le droit d'agir en résolution pour défaut de paiement.

La caution peut-elle exercer ce droit? Nous admettrons l'affirmative. L'article 2029 ne distingue pas: la caution

est subrogée à tous les droits du créancier; or, parmi ces droits se trouve l'action en résolution, donc la caution en a l'exercice et le bénéfice.

La caution, en outre, a tous les droits qu'avait le créancier au moment du paiement, sans qu'il y ait lieu de distinguer si ces droits existaient ou n'existaient pas au moment où la caution a répondu de la dette. Ainsi le créancier a acquis, après que le contrat de cautionnement s'est formé, une hypothèque soit conventionnelle, soit judiciaire, la caution en bénéficiera. Dumoulin repoussait cette solution. La caution, à son avis, ne pouvait être subrogée qu'aux sûretés existant au moment où elle était intervenue, et non aux sûretés ultérieurement acquises, parce qu'elle avait compté sur les premières seulement et non sur les secondes. La distinction que faisait Dumoulin était critiquable, car l'illustre jurisconsulte faisait reposer la subrogation sur l'intention des parties. La caution, acquittant la dette du débiteur principal, était présumée subordonner le paiement qu'elle faisait, à la cession de toutes les garanties dont le créancier pouvait disposer à ce moment même, sans doute. Il semble, dès lors, qu'il y avait inconséquence à restreindre la subrogation aux sûretés existant lors du cautionnement. Et d'ailleurs, est-il juste de dire que la caution ne devait pas compter sur les sûretés que le créancier pouvait acquérir éventuellement? Tout au contraire, elle devait espérer que le créancier, à l'échéance, poursuivrait le débiteur principal et obtiendrait contre lui un jugement emportant hypothèque générale.

La subrogation a pour but, avons-nous dit, de faciliter

à la caution le recouvrement de ses déboursés. Que décider alors, au cas où le créancier aura fait remise de la dette à la caution? Celle-ci est-elle fondée à invoquer la subrogation? La question est délicate; nous écartons, bien entendu, le cas où le créancier a voulu simplement libérer la caution de l'obligation de garantie qu'elle avait contractée, sans renoncer pour cela à sa créance contre le débiteur principal.

Cette hypothèse est simple : le créancier avait une sûreté personnelle, il ne l'a plus.

Nous supposons que le créancier a fait remise à la caution, non seulement du cautionnement, mais de la dette elle-même, libérant envers lui et la caution et le débiteur principal. — La caution peut-elle se prévaloir de la subrogation et recourir contre le débiteur principal pour le tout?

Cette remise peut avoir lieu de deux façons, à titre onéreux ou à titre gratuit. A-t-elle lieu à titre onéreux, moyennant une somme inférieure au montant de la dette, il est certain que la caution a le droit d'agir contre le débiteur principal, au moins dans la limite de ce qu'elle a déboursé. Mais peut-elle demander le surplus? La négative n'est pas douteuse, si le créancier, n'ayant confiance ni dans le débiteur principal ni dans la caution, s'est contenté d'une partie de la dette payée par la caution, et a donné une quittance complète sans l'intention de faire une libéralité.

Mais quelle solution donner, quand le créancier aura manifesté l'intention de faire don du surplus de la dette à la caution, et surtout quand la remise aura eu lieu à

titre purement gratuit? A-t-elle action contre le débiteur principal? On voit facilement la raison de douter : la subrogation suppose un paiement, article 2029, et dans l'espèce, la caution n'a fait aucun déboursé. La subrogation est un secours que la loi apporte à la caution pour lui éviter tout préjudice, et, dans l'espèce, elle ne peut-être lésée, car elle a obtenu gratuitement une quittance.

Cependant, quelque graves que soient les objections qui pourraient nous être faites, nous résoudrons notre question par l'affirmative. Ce qui nous décide surtout à admettre cette solution, c'est le résultat singulier auquel on aboutit, avec le système contraire. Le créancier veut faire une libéralité à la caution, son intention sur ce point est certaine, et qui profite de la remise gratuitement consentie, la caution? Non, c'est le débiteur principal que le créancier ne tenait nullement à favoriser.

La subrogation, objecte-t-on, suppose un paiement ; or, la caution, dans notre espèce, n'ayant fait aucun paiement, il ne peut y avoir subrogation à son profit. Nous répondrons que la remise faite par le créancier à la caution doit s'analyser ainsi : un paiement fictif opéré par la caution au créancier, et une donation également fictive de celui-ci à la caution de la somme même qu'il est censé avoir reçue.

Le créancier a le droit, en définitive, de disposer de sa créance, de la céder à titre gratuit à la caution. Pour atteindre ce but, deux voies lui sont ouvertes, une voie directe, la donation, et une voie indirecte, la remise de la dette. Pourquoi ce dernier moyen lui serait-il interdit? Peut-être, est-ce avec intention qu'il y a eu recours : il

a voulu, par exemple, éviter l'intervention d'un notaire pour réaliser cette libéralité.

2° Nous avons supposé tout d'abord que la dette avait été contractée par un seul débiteur principal.

Nous supposerons maintenant qu'il y a plusieurs débiteurs. Ceux-ci sont ou débiteurs conjoints, ou débiteurs solidaires.

*A.* — Plusieurs débiteurs ont contracté une dette conjointement. Une caution est intervenue. Deux hypothèses sont possibles : le fidéjusseur les a cautionnés tous, ou il n'a cautionné que l'un d'eux.

1° Il les a cautionnés tous. En ce cas s'il paie la totalité de la dette, il aura recours, par l'action de subrogation, contre chacun d'eux, mais seulement pour leur part. Il ne peut, en effet, avoir plus de droit que le créancier qui ne pouvait agir contre eux que divisément.

2° Il a cautionné l'un deux seulement. Alors il ne peut invoquer la subrogation que contre celui qu'il a cautionné. Il n'a contre les autres aucune action, car il leur est étranger.

*B.* — Plusieurs débiteurs se sont obligés solidairement envers le créancier. Nous distinguerons encore, selon que le fidéjusseur les a cautionnés tous, ou n'a cautionné que l'un d'eux.

1° Il les a cautionnés tous. L'article 2030 est formel. Le fidéjusseur a « contre chacun d'eux le recours pour la répétition du total de ce qu'il a payé. » Et cela pour deux raisons : la première, c'est que le fidéjusseur est subrogé aux droits du créancier ; or celui-ci pouvait poursui-

vre l'un quelconque pour le tout. La seconde, c'est que le fidéjusseur ayant reçu (le plus souvent il en sera ainsi) mandat des débiteurs de les cautionner tous, aura, de son chef, aux termes de l'article 2002, une action *in solidum* contre chacun d'eux. Ce texte, en effet, dispose que : « lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacun d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat. »

2° Il n'a cautionné que l'un deux. Le fidéjusseur qui paye la dette, a, certainement, le droit de recourir, par l'action de subrogation, contre le débiteur qu'il a cautionné. Mais peut-il également agir, du chef du créancier, contre les autres débiteurs solidaires? A ne consulter que les principes, l'affirmative serait certaine: l'article 2029 déclare la caution subrogée à tous les droits du créancier; or, celui-ci peut agir pour le tout, contre l'un quelconque des débiteurs solidaires; donc la caution, logiquement, devrait avoir le même droit.

Mais l'article 2030 s'oppose à ce que cette solution soit admise. En effet, aux termes de cet article, le fidéjusseur qui a cautionné tous les débiteurs principaux solidaires d'une même dette, a contre chacun d'eux un recours pour répétition du total de ce qu'il a payé. On en conclut par *a contrario* que celui qui s'est porté fidéjusseur, seulement pour l'un des débiteurs solidaires, n'a pas le droit d'invoquer la subrogation pour recourir contre les débiteurs qu'il n'a pas cautionnés. Du reste, c'est vainement que la caution qui aurait payé la dette, invoquerait la subrogation contre les débiteurs qu'elle n'a pas cautionnés ; car ceux-ci pourraient lui répondre : « si nous vous rembour-

sions ce que vous avez payé au créancier, en l'acquit de notre débiteur solidaire, nous serions à notre tour, subrogés aux droits du créancier, et, comme tels, nous serions fondés à vous réclamer nos avances. N'agissez pas, autrement vous vous embarrassez dans un circuit d'actions sans issue. » Ainsi, nous refusons à la caution qui n'a cautionné que l'un des débiteurs solidaires le droit d'agir contre les autres débiteurs, du chef du créancier, mais rien ne s'oppose à ce qu'elle agisse, du chef du débiteur pour qui elle avait répondu, contre les autres débiteurs, de la même manière que le débiteur cautionné.

Celui-ci, aux termes de l'article 1214, peut agir après avoir payé, contre ses codébiteurs, et réclamer à chacun sa part ; la caution aura le même droit, mais quelle action intentera-t-elle? est-ce l'action de mandat que le débiteur cautionné pouvait exercer, de son chef, contre ses codébiteurs, ou est-ce l'action même du créancier, en la divisant toutefois entre eux ? L'intérêt de la question apparaît au cas où les codébiteurs du débiteur cautionné sont insolvables, le créancier ayant de bonnes hypothèques qui garantissent le recouvrement de la dette. Nous pensons que la caution exercera l'action même du créancier. Si le débiteur cautionné, en effet, avait acquitté lui-même la dette, il aurait été subrogé de plein droit, au créancier ; or le paiement fait par la caution, au lieu et place du débiteur peut être considéré comme ayant été fait par le débiteur lui-même. La caution qui ne peut être subrogée de son chef, le sera ainsi du chef du débiteur cautionné, et pourra dès lors, agir, non pas comme le créancier aurait pu agir lui-même, mais de la manière

et dans la mesure où le débiteur cautionné aurait recouru contre ses codébiteurs. En conséquence, si un codébiteur établissait qu'il n'avait aucun intérêt dans la dette, la caution n'aura aucun recours contre ce codébiteur, car le débiteur lui-même n'aurait eu aucun recours ; de même encore, comme nous l'avons déjà dit, la caution devra diviser ses poursuites, comme le débiteur lui-même.

Observons, en terminant, que la situation de la caution, à l'égard des codébiteurs du débiteur cautionné, ne serait pas modifiée par la circonstance que le créancier lui aurait consenti la subrogation ; car la convention ne peut rien changer à un état de choses établi par la loi.

### § 3. — *De la subrogation dans les rapports des cautions entre elles.*

Nous avons jusqu'ici supposé que la dette avait été cautionnée par une seule personne. Supposons maintenant que plusieurs personnes ayant répondu pour le même débiteur, l'une d'elles a acquitté intégralement la dette. A-t-elle un recours contre ses co-fidéjusseurs ? L'article 2033 répond affirmativement : « lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion. »

Ainsi le recours est certain ; mais par quelles actions est-il garanti ? Pour résoudre cette question, il est nécessaire de remonter aux précédents historiques.

En Droit Romain, nous avons vu que le fidéjusseur n'avait le droit de recourir contre ses cofidéjusseurs

qu'autant qu'il avait exigé du créancier la cession de ses actions. Payait-il, sans demander cette cession, il ne pouvait recourir que contre le débiteur principal. En effet, au moment où il avait contracté son engagement envers le créancier, il avait fait seulement l'affaire du débiteur, et non celle de ses cofidéjusseur; il n'avait donc aucun recours.

Dans l'ancien Droit Français, une théorie contraire prévalut. Il parut équitable d'accorder au fidéjusseur qui acquittait toute la dette une action *negotiorum gestorum* utile contre ses cofidéjusseurs. Sans doute, pensait-on, le fidéjusseur, soit en s'obligeant, soit en payant la dette, n'avait pas eu l'intention de faire l'affaire de ses cofidéjusseurs, mais exclusivement celle du débiteur principal; mais, on ne pouvait nier que le paiement effectué par lui avait eu pour effet, sinon pour but, de les libérer, et que, par conséquent, un service leur avait été rendu; donc il était juste d'accorder un recours à la personne même qui en était l'auteur.

Le Code civil a admis cette opinion; il l'a consacrée dans l'article 2033.

Nous croyons qu'il faut aller plus loin et dire que le fidéjusseur aura, sous l'empire du Code civil, non-seulement une action personnelle, de son chef, mais encore l'action du créancier. Le fidéjusseur, à Rome, qui a obtenu la cession des actions du créancier, peut agir contre ses cofidéjusseurs. Dans l'ancien Droit, la solution est la même. De nos jours, la caution a la subrogation de plein droit; elle n'a plus à la demander, ou plutôt elle est censée la demander au créancier.

En effet, cette intention est prêtée à toute personne qui est tenue d'une dette avec d'autres ou pour d'autres, article 1251, n° 3. Or, tel est le cas de notre fidéjusseur.

Ainsi, le fidéjusseur qui aura acquitté toute la dette, aura deux actions à son choix contre ses cofidéjusseurs, une action personnelle, de son chef, et l'action en subrogation. Cette dernière action sera préférable à l'action personnelle du fidéjusseur, lorsque le créancier aura de bonnes hypothèques, et que les fidéjusseurs seront insovables. Toutefois, observons que si le fidéjusseur exerce l'action même du créancier, il devra la diviser entre ses cofidéjusseurs.

Examinons brièvement contre quels fidéjusseurs le fidéjusseur qui a payé la dette, a un recours, et quelles sont les conditions de ce recours.

*a. — Contre quels fidéjusseurs le fidéjusseur a-t-il un recours ?* — Il a un recours contre les fidéjusseurs qui ont cautionné le même débiteur pour la même dette. Il importe peu que ces fidéjusseurs soient intervenus en même temps que lui, ou après lui. L'article 2033 ne distingue pas, et avec raison. En effet, le recours qui est accordé au fidéjusseur, a pour cause le service rendu aux cofidéjusseur, libérés par le paiement envers le créancier ; or, ce service est rendu à tous indistinctement.

*b.— Conditions du recours.*— Il ne suffit pas que le fidéjusseur ait payé la dette pour qu'il y ait un recours, il faut surtout qu'il ait payé, ayant juste sujet de le faire. Cette condition est indiquée par l'article 2033 : « mais ce recours n'a lieu que lorsque la caution a payé dans l'un

des cas énumérés par l'article précédent. » Ces cas sont au nombre de cinq: ce sont ceux où la caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur pour être par lui indemnisée:

1° Lorsqu'elleest pour suivie en justicepour lepaiement;

2° Lorsque le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture;

3° Lorsque le débiteur s'est obligé à lui rapporter sa décharge dans un certain temps.

4° Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée.

5° Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a pas de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé.

La caution a-t-elle son recours dans tous les cas énumérés par l'article 2032 ? A lire l'article 2033, l'affirmative est évidente. Cependant quelques auteurs enseignent que la caution n'a aucun recours dans les cas prévus aux nos 3 et 5 de l'art. 2032, car cet article dit bien que la caution n'a pas de recours dans des cas autres que ceux prévus par l'article, mais il ne dit pas qu'elle ait ce recours dans tous ces cas.

Cette interprétation ne peut être admise; elle s'écarte trop de la lettre de la loi. Au surplus, le tribun Chabot, dans son discours, énumérant les cas où le fidéjusseur qui a payé peut recourir contre ses cofidéjusseurs, a cité précisément tous ceux contenus dans l'article 2032.

Que décider au cas où la caution se serait fait subroger conventionnellement aux droits du créancier? La caution

aurait-elle le droit de recourir pour le tout contre l'un quelconque de ses cofidéjusseurs? Non. La subrogation conventionnelle ne peut avoir plus d'effets que la subrogation légale. On peut, au surplus, tirer argument de l'article 875 du code civil qui dispose que, même au cas où l'héritier se serait fait subroger aux droits du créancier, il ne devra pas moins diviser son action. L'équité serait blessée si, entre plusieurs personnes dont la position est la même, l'une était forcée de faire à l'autre une avance pour le compte de la troisième.

Observons en terminant, que si l'un des fidéjusseurs était insolvable, l'insolvabilité serait supportée par tous les fidéjusseurs solvables. Cela est juste; pourquoi, en effet, l'insolvabilité d'une caution serait-elle à la charge exclusive de celle qui a payé la dette (article 2026).

§ 4. — *De la subrogation dans les rapports de la caution et du tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué à la dette.*

Dans notre quatrième et dernier paragraphe, nous avons à régler les rapports de la caution avec le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué à la dette. Ce détenteur peut être soit l'ayant-cause à titre particulier du débiteur constituant, soit une caution réelle qui a hypothéqué l'un de ses immeubles à la dette d'autrui.

*a.* — Le tiers détenteur est l'ayant-cause à titre particulier du débiteur constituant.

L'espèce est simple. Le débiteur a fourni au créancier deux sûretés, une sûreté personnelle et une sûreté réelle. Il aliène l'immeuble qu'il a hypothéqué. A l'échéance, le

créancier, n'était pas payé par le débiteur principal, poursuit soit la caution, soit le tiers détenteur. Celui des deux qui aura acquitté la dette, caution ou tiers détenteur, aura-t-il, en vertu de la subrogation, un recours contre l'autre, ou l'un des deux seulement, et lequel, sera-t-il en droit d'invoquer contre l'autre la subrogation? C'est là une question difficile.

Plusieurs systèmes ont été proposés.

Indiquons d'abord le système que paraît adopter Pothier système inadmissible, comme nous allons le voir.

La caution acquitte-t-elle la dette, elle peut se retourner, en vertu de la subrogation, contre le tiers détenteur. Est-ce, au contraire, le tiers détenteur qui a payé la dette, il peut agir, comme subrogé aux droits du créancier, contre la caution. Ainsi, dans ce système, la dette sera supportée, si l'on suppose le débiteur principal insolvable, non par celui que le créancier aura poursuivi, mais, chose bizarre, par celui auquel il ne se sera pas adressé. Ce n'est pas la loi qui réglera les rapports de la caution et du tiers détenteur, c'est le hasard, c'est le caprice du créancier. Aussi ce système est-il, de nos jours, abandonné.

Deux systèmes opposés sont en présence. Dans le premier, on soutient que le tiers détenteur qui a acquitté la dette, a seul un recours contre la caution; dans le second au contraire, on donne la préférence à la caution qui, seule, aura le droit de recourir contre le tiers détenteur. C'est ce dernier système que nous adopterons.

Premier système. — Le tiers détenteur est préféré à la caution. A-t-il payé le créancier, seul, il peut, en ver-

tu de la subrogation, se retourner contre la caution pour lui faire supporter définitivement la dette. Les arguments invoqués par ce premier système sont au nombre de quatre.

Le premier *argument* est tiré de l'article 2170 du code civil. Aux termes de cet article, l'acquéreur d'un immeuble frappé d'une hypothèque générale peut contraindre le créancier à discuter préalablement les immeubles hypothéqués à la même dette restés en la possession du principal ou des principaux obligés. Or, ces principaux obligés ce sont tous ceux qui sont personnellement obligés à la dette, débiteurs principaux et cautions.

Tel est dans ce système, le sens légal des mots *principaux obligés*, quand on compare un débiteur tenu *propter rem* avec un débiteur tenu par une obligation personnelle. S'il en est ainsi, la préférence accordée au tiers détenteur sur la caution est évidente. Seul, le tiers détenteur aura le droit de recourir contre la caution ; celle-ci, en cas de paiement, devrait supporter la dette.

En effet, à quoi bon lui permettre d'agir contre le tiers détenteur, si celui-ci, d'après l'article 2170, a le droit de faire discuter ses biens (1).

L'argument aurait une grande valeur, nous le reconnaissons, si les expressions *principaux obligés* avaient bien le sens qu'on leur donne. Mais l'interprétation donnée par M. Troplong est inadmissible. L'expression de principal obligé a un sens légal connu : il faut entendre par là le débiteur que la dette intéresse particulièrement,

1. En ce sens Troplong.

celui qui doit seul en supporter la charge, et non le débiteur accessoire, qui, bienveillamment est intervenu pour autrui.

Si l'on admettait le système que présente M. Troplong, on aboutirait dans quelques cas, à des conséquences injustes, inacceptables même en droit. Supposons que l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué soit un donataire, ou un légataire. Dans le premier cas, n'est-il pas inique d'accorder au tiers détenteur *qui certat de lucro captando* un droit de préférence sur la caution qui cherche plutôt à éviter une perte qu'à réaliser un gain; dans le second cas, accorder la supériorité au légataire, n'est-ce pas violer manifestement la règle que les dettes doivent être payées avant les legs, *non sunt bona, nisi deducto œre alieno.*

*Deuxième argument.* — Il est fourni par l'article 1252 Code civil. Aux termes de cet article, « la subrogation établie par les articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs. » On conclut de ce texte que le tiers détenteur, subrogé conformément au n°2 de l'article 1251, a action contre la caution, mais que celle-ci, si elle acquitte la dette, n'a aucun recours contre le tiers détenteur. L'article 1252 est formel : le subrogé, quel qu'il soit, n'a de recours que contre les cautions ou le débiteur principal; or, le tiers détenteur n'est ni caution, ni débiteur principal.

L'article 1252 n'a pas le sens restrictif que lui donne le système que nous combattons : il s'explique historiquement. Dans notre ancien Droit Français, il existait une controverse sur la question de savoir si le subrogé avait

action contre les cautions, ou si celles-ci n'étaient pas libérées par le paiement : le Parlement de Rouen les déclarait libérées, tandis que le Parlement de Paris maintenait leur obligation. Or, l'article du projet étant muet sur cette question, ce silence aurait eu pour résultat de laisser un doute dans la législation. Aussi le Tribunat voulant le dissiper fit-il ajouter à l'article 1252 la disposition qui en forme la première partie. Cet article, par suite, ne restreint pas les effets de la subrogation, comme on pourrait le croire, il en consacre, au contraire, les effets absolus.

*Troisième argument.* — On le tire de l'article 2023. Aux termes de cet article, la caution qui requiert la discussion, ne peut indiquer des biens hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur.

Cet article ne prouve rien, car il n'a nullement été écrit dans l'intérêt du tiers détenteur, mais au contraire dans l'intérêt du créancier. La seule raison du texte est celle-ci : on a pensé que la discussion des biens hypothéqués possédés par un tiers serait plus longue et plus difficile que lorsqu'elle s'exerce contre le débiteur lui-même. On ne peut donc en tirer aucun argument en faveur du système.

Comme quatrième *argument*, le premier système invoque la tradition. Dans l'ancien Droit, les plus grands jurisconsultes l'avaient admis.

Sans doute, le premier système avait pour lui la tradition. Mais la faveur qu'il avait rencontrée dans l'ancien Droit s'expliquait naturellement ; car les hypothèques étant occultes, l'acheteur qui payait son prix entre les

mains du vendeur était excusable. Aujourd'hui il n'en est plus de même, parce que l'acheteur, pouvant toujours connaître les hypothèques qui grèvent l'immeuble, est en faute s'il paie son vendeur, au lieu de purger et de payer entre les mains des créanciers hypothécaires.

*Deuxième système.* — La caution seule est subrogée aux Droits du créancier. En conséquence, elle peut faire supporter la dette par le tiers détenteur.

Ce système a pour lui l'équité et la loi.

*a L'équité.* — En combattant le premier système nous avons vu quel'argument consistant à dire que, dans l'ancien droit, les plus grands jurisconsultes l'avaient adopté, manquait de base aujourd'hui. L'absence de publicité des hypothèques justifiait l'opinion de ces jurisconsultes.

Le tiers détenteur qui, de bonne foi, se libérait entre les mains de son vendeur, ignorant que le fonds qu'il avait acheté était grevé, devait être protégé, et, par suite, préféré à la caution.

De nos jours, ce n'est plus tiers détenteur qu'il faut protéger, c'est la caution. L'équité commandait, autrefois que la caution cédât le pas au tiers détenteur; aujourd'hui, l'équité commande que la caution soit préférée au tiers détenteur, car celui-ci a commis une faute, en ne vérifiant pas, au bureau des hypothèques, l'état hypothécaire de l'immeuble. S'il avait pris soin de le relever, il aurait pu purger, libérer son immeuble des hypothèques qui le grevaient, et désintéresser les créanciers de son vendeur. La caution, au contraire, n'a aucune faute à se reprocher, et si elle acquitte la dette, elle doit avoir le droit de recourir contre le tiers détenteur. Autrement,

elle souffrirait d'une aliénation qu'elle ne pourrait empêcher et elle supporterait les conséquences d'une imprudence commise par le tiers détenteur, ce qui serait injuste.

*b La loi.* — Ce second système a, en outre, la loi pour lui.

Et d'abord, nous invoquerons l'article 2029.

Cet article subroge la caution à tous les doits du créancier ; or, celui-ci peut recourir contre les tiers détenteur ; donc la caution aura action contre ce tiers.

L'article 2037 nous fournit un second argument ; Que nous dit ce texte? La caution est déchargée, lorsque le créancier a compromis le recours de la caution, en diminuant les sûretés attachées à la dette; car elle n'avait, sans doute, consenti à cautionner le débiteur qu'en raison des bonnes hypothèques qui garantissaient le paiement de la dette. Cela étant, en vertu de quel droit pourrait-il l'actionner? du droit du créancier? Mais celui-ci perdant son recours quand il laisse périr les gages, le tiers détenteur aurait plus de droit que le créancier, ce qui est impossible.

*B. Caution réelle.* — En second lieu, avons-nous dit, le tiers détenteur peut être une caution réelle. Le débiteur a donné, comme dans la première hypothèse, une sûreté personnelle et une sûreté réelle seulement cette dernière sûreté, au lieu de consister dans une hypothèque consentie par le débiteur sur l'un de ses immeubles, consiste dans une hypothèque constituée par un tiers appelé caution réelle. La dette est payée, soit par la caution personnelle, soit par la caution réelle. Nous avons à rechercher si la caution, quelle qu'elle soit, a recours, par

l'action en subrogation, contre l'autre, ou si le recours n'est accordé qu'à l'une d'elles seulement. Il y a sur ce point différents systèmes. Dans un premier système, on soutient que la caution réelle qui acquitte la dette, seule, aura recours contre la caution personnelle ; dans un second système, on distingue si l'hypothèque a été consentie par le tiers, avant, en même temps que le cautionnement, ou après ; enfin, dans un troisième système, on applique l'article 2033.

*Premier système.* — La caution réelle a seule un recours. Les arguments présentés par les partisans de ce système nous sont déjà connus en partie. En premier lieu, dit-on, la caution réelle n'a contracté aucune obligation personnelle, *res non persona debet.* La caution personnelle, en conséquence, n'a nullement fait l'affaire du tiers détenteur, et ne doit avoir aucun recours.

On peut répondre que si la caution réelle n'est pas tenue avec la même étendue que la caution personnelle, elle n'en est pas moins obligée sur l'immeuble hypothéqué, avec la même énergie que la caution personnelle. Toutes deux répondent du paiement de la même dette ; elles sont tenues réellement l'une avec l'autre. Les partisans de ce premier système le reconnaissent eux-mêmes, en fondant le recours de la caution réelle sur le numéro 3 de l'article 1251. La caution personnelle, dit-on, n'a pas eu l'intention de faire l'affaire de la caution réelle; comment dès lors, lui accorder un recours ? Peu importe, répondrons-nous, le paiement, par elle effectué, n'en a pas moins été utile à la caution réelle. Au surplus, s'il est exact de dire que la caution personnelle n'a pas voulu

libérer le tiers détenteur ne peut-on pas en dire autant de ce dernier ? Et cependant un recours lui est accordé contre la caution personnelle.

En second lieu, le premier système invoque l'article 2170 C. Civ. Nous avons déjà répondu à l'argument que l'on tire de cet article.

Deuxième système. — Le deuxième système fait une distinction : ou l'hypothèque a été constituée avant le cautionnement, ou elle lui est postérieure. Dans le premier cas, la caution personnelle a un recours contre le tiers constituant ; elle a dû, en effet, compter sur cette garantie. Dans le second cas, au contraire, la préférence sera accordée à la caution réelle, la caution personnelle n'ayant pu compter sur une sûreté qui n'existait pas encore, au moment où elle s'est obligée. Que si l'hypothèque a été consentie, en même temps que le cautionnement, la préférence est encore accordée au tiers constituant, pour le motif suivant : la caution réelle, obligée, *re*, est tenue moins strictement que la caution personnelle. (1).

Dans un troisième système auquel nous nous rallierons, on repousse toute distinction. Que la caution réelle ait hypothéqué son immeuble, avant ou après le cautionnement, la caution qui aura payé la dette, aura le droit d'agir contre l'autre, conformément à l'article 2033, c'est-à-dire, en divisant son action. Comme nous l'avons déjà dit, en combattant le premier système, la caution réelle et la caution personnelle sont tenues toutes deux de la dette.

1. En ce sens Troplong.

Il importe peu qu'elles ne soient pas tenues avec la même étendue. Le paiement effectué par l'une des cautions a été utile à l'autre; il est juste que la dette soit répartie entre elles deux. Mais ici une question se présente : la répartition se fera-t-elle également entre les deux cautions? Nous supposons, bien entendu, le débiteur principal insolvable. Chaque caution supportera-t-elle pour moitié l'insolvabilité du débiteur? Il y a des doutes sur ce point. Dans une première opinion, on soutient avec raison, à notre avis, que la répartition doit se faire également, par parts viriles. En effet, les deux cautions répondent de l'intégralité de la dette. Dans un second système, on n'admet cette solution qu'autant que la valeur de l'immeuble hypothéqué est égale au montant de la dette. Si cette valeur est inférieure de moitié, par exemple, la répartition de la dette se fera de la même manière que si la caution réelle s'était personnellement obligée pour moitié.

Ce système peut paraître équitable; il n'est pas juridique. Il importe peu que l'immeuble hypothéqué ait une valeur inférieure à la dette, car ce résultat, en fait regrettable, n'empêche pas que, en droit, le propriétaire ait voulu que la chose répondît de la dette entière.

## Appendice I

### *Comparaison entre la caution ordinaire et la caution solidaire*

Souvent, dans la pratique, le créancier, recevant une caution, exige qu'elle s'oblige à son égard, à titre de cau-

tion solidaire. Quelle influence cet engagement peut-il exercer soit sur les rapports du créancier et de la caution soit sur les rapports de la caution et du débiteur principal ? Nous examinerons brièvement cette matière.

1° *Influence* que peut avoir l'engagement *solidaire sur les rapports du créancier et de la caution*

Ces rapports se trouvent modifiés sur trois points, d'une manière certaine; il y a doute sur un quatrième point.

*a.* — Les points sur lesquels les rapports du créancier et de la caution sont certainement modifiés sont les suivants :

1° la caution solidaire ne peut invoquer le bénéfice de discussion ;

2° Elle ne peut invoquer le bénéfice de division ;

3° L'article 2027 ne lui est pas applicable.

1° En premier lieu la caution ne peut invoquer le bénéfice de discussion.

L'article 2021 est formel, la caution soludaire perd le bénéfice de discussion. Cette disposition s'explique facilement. En s'obligeant ainsi, la caution entend se soumettre aux règles de la solidarité. Elle est moins une caution qu'un codébiteur solidaire, au regard du créancier. Dès lors, celui-ci est libre de s'adresser directement à la caution, sans être arrêté dans ses poursuites par le bénéfice de discussion.

2° En second lieu, la caution solidaire ne peut invoquer le bénéfice de division.

Nous n'avons pas, à vrai dire, de texte formel privant, en pareil cas, la caution du bénéfice de division. On est

d'accord cependant pour donner la même solution que pour le bénéfice de discussion.

En étudiant le bénéfice de division, en Droit Romain, nous avons déjà rencontré cette question (loi 3. Code de fidej.) On s'était demandé si la circonstance que les fidéjusseurs s'étaient obligés *in solidum* faisait obstacle à ce que l'Edit d'Adrien fut appliqué, et la loi 3 précitée se prononçait pour la négative. Nous connaissons la raison que l'on donnait de cette solution : de toutes façons, disait-on, les fidéjusseurs auraient été tenus *in solidum ;* la clause de solidarité n'avait pas, en conséquence, assez de précision pour écarter l'Edit de l'Empereur Adrien.

Dans l'ancien Droit Français, la question a été de nouveau agitée. Doneau adoptait la décision de la loi romaine, comme fondée en droit ; mais d'autres jurisconsultes la combattaient : la loi 3 ne reposait-elle pas sur une subtilité? Sans doute, les fidéjusseurs, auraient été tenus pour le tout sans la clause de solidarité, mais là n'était pas la question. N'y avait-il pas lieu de voir dans la clause insérée par les parties dans la convention une intention de s'obliger conformément aux règles de la solidarité, et non du cautionnement? voilà le point qu'il fallait examiner.

Dans notre Droit, la solution n'est plus douteuse. L'article 2021 dispose que la caution qui s'oblige solidairement avec le débiteur, se soumet aux règles de la solidarité ; or, l'art. 1203 décide formellement que les débiteurs solidaires ne jouissent pas du bénéfice de division, donc la caution solidaire doit être privée de ce bénéfice.

3° En troisième lieu, l'article 2027 n'est pas applicable à la caution solidaire.

Cet article suppose que le créancier a divisé lui-même et volontairement son action; « il ne peut plus, dit le texte, revenir contre cette division, etc. » La division est définitive. Il n'en est pas de même, en matière de solidarité. Aux termes de l'article 1211, le créancier ne renonce pas à la solidarité, par cela seul qu'il a divisé ses poursuites entre les codébiteurs solidaires; il est nécessaire que le débiteur solidaire poursuivi pour sa part ait acquiescé à la demande dirigée contre lui ou qu'il soit intervenu un jugement de condamnation. Jusque là, le créancier est libre de modifier sa demande et d'agir pour le tout.

Il a stipulé de chaque débiteur l'obligation *in solidum;* il conserve le droit de poursuivre tout débiteur, pour le tout, tant que, par un accord tacite ou exprès, il n'a pas fait remise de la solidarité. En matière de cautionnement, les règles sont tout autres. Le fait seul d'avoir divisé son action contre l'une des cautions emporte pour le créancier renonciation à son droit d'agir pour le tout. Cette solution est motivée par la faveur que méritent les cautions, obligées à l'occasion d'une dette qui n'est pas la leur.

Quelles règles appliquerons-nous, quand la caution s'obligera solidairement ? les règles de la solidarité, l'article 1211 et non l'article 2027. En conséquence, le créancier poursuit-il la caution solidaire pour sa part dans la dette, il ne sera pas censé pour cela renoncer au droit de lui demander toute la dette; il pourra augmenter le

chiffre de sa demande, agir pour le tout, tant que l'un des deux événements dont parle l'article 1211, acquiescement à la demande, ou jugement de condamnation, ne sera pas réalisé.

*B.* — L'engagement solidaire de la caution a-t-il pour effet de priver celle-ci du droit d'invoquer l'article 2037? C'est là un point douteux.

Aux termes de l'article 2037, la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce dernier, s'opérer en faveur de la caution. La caution solidaire a-t-elle le droit d'invoquer cet article ? Le créancier avait des gages qui assuraient le recouvrement de la dette, il les a laissés tomber : la caution solidaire est-elle libérée?

L'article 2037 nous vient du Droit romain; il a sa source dans le *mandatum pecuniæ credendæ*. Si dans le *fidejussio*, le créancier était libre de perdre les sûretés qui lui avaient était données, au moment où le débiteur principal avait contracté sa dette, il n'en était pas de même dans le *mandatum pecuniæ credendæ*. Le contrat de mandat intervenu entre la caution et le créancier n'était plus de droit strict comme la *fidejussio*, mais de bonne foi, synallagmatique. Si la caution, *mandator*, prenait l'engagement de payer pour le débiteur principal, au cas où celui-ci ne satisferait pas à son obligation, le créancier, en sa qualité de mandataire, devait, sous peine d'être repoussé par une exception de dol, conserver les gages à la caution. L'ancien Droit français avait admis cette solution, toute d'équité, et le code civil l'a reproduite.

L'article 2037 accorde à la *caution* le droit de se dire libérée, si le créancier a rendu la subrogation impossible. Toute caution a-t-elle ce droit, caution ordinaire ou caution solidaire? La circonstance qu'une caution s'est obligée solidairement suffira-t-elle pour écarter l'application de l'article 2037?

Pour résoudre cette question, il est nécessaire de rechercher le fondement de l'article 2037. Or, c'est là une matière difficile. Selon les uns, l'article 2037 est la sanction du bénéfice de discussion ; selon les autres, il est la sanction du bénéfice de subrogation. Si nous admettons le premier point de vue, la caution solidaire ne peut invoquer l'article 2037; si nous admettons le second, elle pourra, au contraire, l'invoquer. Examinons ces deux opinions.

Premier système. — L'article 2037 a pour but unique de sanctionner le bénéfice de discussion. En conséquence, la caution seule, qui a droit au bénéfice de discussion, peut invoquer l'article 2037. Or, la caution solidaire, article 2021, est privée du bénéfice de discussion; donc elle n'a pas le droit d'invoquer l'article 2037.

On soutient dans ce système que l'obligation imposée au créancier de veiller sur les gages et de les conserver dans l'intérêt de la caution, découle de la novelle IV de Justinien. La création du bénéfice de discussion eut pour effet de rendre le créancier responsable de la perte de ses actions. La novelle, en effet, fit de la caution un débiteur subsidiaire. Désormais, le créancier fut tenu de s'adresser d'abord au débiteur principal, et de discuter ses biens. Il pouvait, ensuite, recourir contre

la caution, s'il n'était pas désintéressé ; mais s'il l'était, ou, s'il avait pu l'être, en invoquant tous les moyens en son pouvoir, la caution était déchargée. Désormais, le créancier, sous peine de perdre tout recours contre la caution, fut obligé de conserver intactes ses actions, car, s'il les perdait, ou s'il en diminuait la force, la caution avait le droit de lui dire : « Je ne vous dois rien, ou je ne vous dois pas toute la somme que vous me demandez, car, si vous n'aviez pas laissé tomber vos sûretés, vous auriez été désintéressé en totalité ou en partie. »

Deuxième système. — L'article 2037 a pour but unique de sanctionner le bénéfice de subrogation.

Ce système invoque l'autorité des plus grands jurisconsultes de l'ancien Droit français.

Or, Pothier s'exprimait ainsi : « lorsque le créancier s'est mis par son fait hors d'état de pouvoir céder au fidéjusseur ses actions, soit contre le débiteur principal, soit contre les autres fidéjusseurs, soit parce qu'il les a déchargés, soit parce qu'il a, par sa faute, donné congé de sa demande contre eux, le fidéjusseur peut, *per exceptionem cedendarum actionum,* faire déclarer le créancier non recevable en sa demande, parce qu'il n'aurait pu procurer au fidéjusseur la cession des actions que le créancier s'est mis hors d'état de pouvoir lui céder. » Dumoulin, Doneau, etc., reconnaissent que le bénéfice de cession d'actions, pour être complet, exige que le créancier conserve ses gages ; mais ils ne parlent nullement, à ce propos, du bénéfice de discussion.

Dans le premier système, on fait découler l'article 2037 du bénéfice de discussion.

Cependant, bien avant la Novelle IV, le *mandator pecuniæ credendæ* était déchargé de son obligation, quand le créancier perdait les sûretés attachées à la dette. C'est qu'en effet cette règle était la suite équitable et logique du droit que possédait le débiteur de réclamer du créancier la cession de ses actions. Sans doute, le fidéjusseur n'avait pas le même droit, mais cela tenait à ce que la *fidejussio*, contrat de droit strict, n'imposait aucune obligation au créancier. Cette différence disparut avec les contrats de droit strict.

Toute caution, désormais, put invoquer la règle qui protégeait primitivement le *mandator pecuniæ credendæ*.

Le code civil a suivi, sur ce point, la théorie enseignée par les jurisconsultes du Droit ancien. Ainsi M. Treilhard dit : « nous avons vu que le paiement fait au créancier doit opérer une subrogation de droits au profit de la caution ; le créancier n'est donc plus recevable à la poursuivre quand, par son fait, il s'est mis dans l'impossibilité d'opérer cette subrogation. » Le Tribun Lahary exprime la même idée, dans son exposé de motifs au corps législatif : « le fidéjusseur doit sans doute s'interdire tout ce qui peut compromettre la garantie de l'obligation qu'il a cautionné; mais, de son côté, le créancier ne doit-il pas s'interdire aussi tout ce qui tendrait à ravir au fidéjusseur les moyens d'être indemnisé du cautionnement qu'il a fourni ? C'est pour maintenir entre eux ce devoir de réciprocité que le projet décharge le fidéjusseur de son obligation, lorsque la subrogation aux droits,

privilèges et hypothèques du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en sa faveur. »

Ces citations nous montrent clairement que l'obligation pour le créancier de conserver ses actions résulte bien du droit qu'a la caution de réclamer la cession des actions.

Nous pouvons maintenant conclure. La caution solidaire, comme toute caution pourra invoquer l'article 2037. La rédaction est générale. Qu'importe que la caution solidaire soit privée du bénéfice de discussion et de division. L'article 2037 dit-il que la caution sera déchargée lorsqu'elle sera privée, par le fait du créancier, du bénéfice de discussion ? Nullement. Enfin, il est juste de protéger la caution solidaire, qui, comme toutes les cautions, a dû prendre en considération, en contractant, les sûretés attachées à la dette, d'autant plus qu'elle renonçait au bénéfice de discussion et de division.

II. Nous venons de voir que les rapports du créancier avec la caution étaient modifiés par la circonstance que la caution s'obligeait solidairement. Cependant, la caution n'est pas traitée, à tous les points de vue, comme un codébiteur solidaire. C'est ainsi, nous l'avons admis, que la caution peut invoquer l'article 2037.

Si nous examinons les rapports de la caution et du débiteur principal, nous constaterons que si, à certains points de vue, la caution solidaire, dans ses rapports avec le créancier, doit être considérée comme un débiteur solidaire, elle doit toujours être traitée comme une caution, dans ses rapports avec le débiteur principal. Cette remarque entraîne les conséquences suivantes :

1° La présomption de l'article 1216 ne s'appliquera pas.

Quand une affaire a été contractée par plusieurs personnes solidairement, il est de règle de présumer que la dette les concerne toutes. En conséquence, si l'une d'elles prétend qu'elle n'a aucun intérêt dans cette dette, c'est à elle à le prouver.

Cette présomption ne recevrait pas son application, si le coobligé, non intéressé, intervenait comme caution solidaire. Il pourrait, au cas où il acquitterait la dette, recourir pour le tout contre le débiteur principal, sans être tenu d'établir que la dette ne le concernait pas.

2° La dette a-t-elle été contractée par plusieurs débiteurs principaux solidairement, la caution solidaire qui les aurait cautionnés tous n'est nullement obligée de diviser son recours. Nous appliquerons, autrement dit, l'article 2030 et non l'article 1214 code civil. Ce dernier texte s'explique par l'obligation de garantie qui pèse sur chaque débiteur solidaire; or, la caution n'est pas tenue à la garantie envers les débiteurs principaux, elle est au contraire garantie par eux.

3° Si le débiteur principal est créancier du créancier la caution solidaire aura le droit d'invoquer la compensation, du chef du débiteur principal. Nous appliquerons le premier alinéa et non le troisième alinéa de l'article 1294 code civil. Il est raisonnable, en effet, de faire payer la dette par celui qui doit la supporter définitivement.

Ainsi, le caractère de solidarité donné au cautionnement peut bien affecter les rapports, dans une certaine

mesure, du créancier et de la caution, il est sans effet dans les rapports de la caution et du débiteur principal.

## Appendice II

*Des règles sur la perception des droits d'enregistrement en matière de cautionnement.*

Nous nous proposons, dans cet appendice, d'indiquer les droits que l'enregistrement perçoit, en matière de cautionnement.

Le droit à percevoir est indiqué par l'article 65, § 2, n° 8 de la loi de Frimaire, an VII ; il est de 0 fr. 50 par 100 francs, et sera perçu, dit l'article, indépendamment de celui de la disposition que le cautionnement, la garantie ou l'indemnité aura pour objet, mais sans pouvoir l'excéder.

Il n'en est pas de même en matière de solidarité. La loi fiscale est muette en ce qui touche la perception du droit proportionnel. Il y aura donc lieu de faire l'application des principes du droit civil. Or, malgré la pluralité des liens, il n'y a qu'une seule dette, une obligation unique ; un seul droit proportionnel sera donc perçu.

Quelle est la raison de cette différence entre le cautionnement et la solidarité ? Au premier abord, on peut croire qu'il y a là une anomalie : car il existe une grande affinité entre la matière du cautionnement et celle de la solidarité. Que dit, en effet, l'article 1200 du code civil : « il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont

obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier. »

Ces règles seront-elles applicables à la caution? Oui : car la caution est obligée à la même chose que le débiteur principal, elle peut être contrainte pour la totalité de la dette, et le paiement effectué par elle ou le débiteur principal libère l'autre envers le créancier. Sur le terrain de l'article 1200, l'analogie est donc parfaite entre la caution et le codébiteur solidaire. Dès lors, comment motiverons-nous la perception d'un seul droit lorsqu'il y a obligation solidaire, alors que l'administration perçoit deux droits lorsqu'une obligation est garantie par une caution? La raison de cette distinction est évidemment subtile, mais elle s'explique par la nature différente de l'engagement de la caution et de celui des débiteurs solidaires. La caution ne s'engage pas *pour elle-même* et en raison d'un *intérêt personnel* dans la dette, tandis que le codébiteur solidaire, lui, a un *intérêt personnel* dans la dette dont il est tenu en *son nom propre*.

La distinction que nous venons d'étudier est très-délicate. Il sera souvent difficile dans la pratique de distinguer la caution du codébiteur solidaire, d'autant plus que les parties, pour échapper à la perception du droit de cautionnement, useront de tous les moyens possibles pour donner les apparences d'un débiteur solidaire à celui qui, en réalité, n'est qu'un fidéjusseur.

Ce sont ces difficultés que nous allons examiner; nous verrons, en même temps, les règles dont l'administration

doit s'inspirer pour discerner le caractère véritable de l'obligation.

Ainsi, que décider, lorsque l'un des débiteurs solidaires est une caution, ou que la caution s'est obligée solidairement avec le débiteur principal ? Quelles règles appliquer, au point de vue de la perception du droit; les règles de la solidarité ou les règles du cautionnement ?

*a.* — L'un des débiteurs solidaires est une caution.

Il y a lieu de faire une distinction : le cautionnement est certain, ou il est présumé.

1° Le cautionnement est certain.

Supposons qu'un débiteur solidaire soit au fond une caution (article 1216). Quelles règles suivre pour la perception du droit d'enregistrement ? Le tribunal de la Seine a jugé qu'il y avait lieu d'appliquer les règles de la solidarité. En conséquence, un seul droit sera perçu (1). Il importe peu dit-on dans ce système, que le débiteur solidaire n'ait aucun intérêt dans l'affaire; il s'est obligé vis-à-vis du créancier, personnellement et principalement ; il doit être considéré, à tous les points de vue, comme un débiteur solidaire.

La cour de Cassation (2) a admis un système contraire. Elle estime qu'il faut avant tout pour la perception du droit, examiner si les rapports entre coobligés ne sont pas des rapports de débiteurs principaux à cautions. En conséquence, il y a lieu de percevoir le droit de 0,50 0/0.

1. Tribunal de la Seine, 15 juin 1836, 17 avril 1844. (D. 1387).
2. Cass. 27 janvier 1840 (Dall. 1386).

Le caractère accessoire de l'obligation solidaire résultera, le plus souvent, de l'acte; il peut également résulter des circonstances. Donnons quelques exemples. — Deux personnes acquièrent un office ministériel, une étude de notaire par exemple. Or, une seule personne doit être notaire, aucune association n'est possible. Le coobligé solidaire du titulaire ne peut-être qu'une caution. Le droit de 0,50 0/0 est dès lors exigible. Autre exemple : j'achète un immeuble et je déclare command, m'obligeant à payer le prix de vente. La cour de cassation a jugé avec raison que le droit de cautionnement était dû. Car l'acquéreur est évidemment une caution; il demeure, en effet, complètement étranger à l'affaire, une fois que la propriété est résolue, et il n'y aura pas à distinguer s'il s'oblige ou non solidairement avec l'acquéreur véritable.

Dans la pratique, on a cherché à éluder cette jurisprudence. Dans l'acte constatant la dette contractée par Primus, par exemple, et cautionnée par Secundus, on déclare que Primus et Secundus empruntent solidairement une somme de 20, par exemple, Primus ayant dans la dette, un intérêt égal à 19, Secundus un intérêt de 1 seulement. Un acte de ce genre avait été présenté au receveur d'Enregistrement. Celui-ci croyant à une fraude, perçût le droit de cautionnement. Le tribunal de Pontoise, saisi de la question décida que dans l'espèce, il y avait solidarité et non cautionnement, que dès lors, le droit perçu devait être restitué. Le deuxième emprunteur avait pu toucher une somme relativement minime, cela

1. Cassat. 20 août 1850. (D. *Rép. per.* 1108.).

importait peu ; il n'était pas au sens exact du mot, une caution.

La cour de Cassation (29 janvier 1840) décida, en sens contraire, que dans ce cas, il y avait bien cautionnement. Admettre qu'un intérêt, si faible qu'il soit, suffit pour qu'il y ait lieu d'appliquer les règles de la solidarité, c'est laisser aux parties toute latitude pour frustrer le Trésor.

Cette thèse est acceptable, à une condition toutefois, c'est que la simulation soit évidente. Le cour de cassation a heureusement condamné une doctrine dans laquelle on soutenait que la simulation devait être présumée toutes les fois que les parts étaient inégales. Il y avait dans cette doctrine une exagération manifeste. Sans doute, l'Administration a le droit et le devoir d'empêcher la fraude, mais il ne faut pas que dans l'intérêt de la perception, elle se laisse aller jusqu'à dénaturer les conventions des parties.

2° Le cautionnement est présumé.

Aux termes de l'article 1431 du code civil, la femme qui s'oblige solidairement avec son mari, pour les affaires de la communauté ou du mari, est réputée à l'égard de celui-ci, s'être obligée comme caution.

L'Administration est-elle fondée, en pareille hypothèse, à réclamer le droit de 0,50 0/0? Elle l'a prétendu. Mais des jugements ont été rendus en sens contraire. On estima que la présomption de cautionnement écrite dans la loi avait été établie dans l'intérêt de la femme, et non pour lui être préjudiciable. Or, si l'on percevait le droit

de cautionnement, on rétorquait contre elle une présomption qui avait été créé en sa faveur.

Actuellement le droit n'est pas perçu.

A la suite des jugements rendus contrairement aux prétentions de l'administration, le ministre des finances soumit la question au comité des finances du conseil d'Etat. Le comité après avoir reconnu que les prétentions de l'enregistrement étaient fondées, et que, par conséquent, le droit de cautionnement devait être perçu, conclut, ô logique ! qu'il y avait lieu de suspendre la perception du droit de cautionnement dans les ventes et obligations solidaires des deux époux (quel que soit leur régime matrimonial) jusqu'à ce qu'il fut intervenu, sur cette matière une disposition législative.

B. — La caution s'est obligée solidairement avec le débiteur principal. Y a-t-il lieu de percevoir le droit de cautionnement?

Nous avons dit, en comparant la caution solidaire et la caution ordinaire, que celle-ci, vis-à-vis du créancier, ne devait pas être considérée, à tous les points de vue, comme un débiteur solidaire. En matière d'enregistrement surtout, il y a lieu d'appliquer plutôt les règles du cautionnement. Du reste, en se présentant *comme telle*, au lieu de s'engager en son *nom propre*, la caution manifeste clairement que l'affaire ne la concerne pas, en un mot, qu'elle n'a pas d'intérêt personnel dans la dette. En conséquence, le droit de 0,50 0/0 sera exigible.

Souvent, la femme s'obligeant avec son mari, pour les besoins de la communauté se porte *caution solidaire*. Or

nous avons vu que, lorsque la femme s'oblige solidairement avec son mari, bien que l'article 1431 la considère *comme caution*, l'Administration ne perçoit pas le droit de cautionnement. Faut-il, dans l'espèce qui nous occupe donner la même solution? On a parfois résolu négativement la question, mais la pratique s'est définitivement fixée en sens contraire. Cette solution est plus équitable, car, que la femme se porte expressément caution solidaire, ou que, lorsqu'elle s'oblige solidairement, la loi (art 1431) établisse en sa faveur une présomption de cautionnement, la raison d'humanité qui a décidé le comité des finances du conseil d'État a suspendre la perception du droit, existe également dans les deux cas.

Le droit de cautionnement est de 0,50 centimes 0/0 (Frimaire an VII). Ce droit est exigible, dit la loi, « indépendamment de celui de la disposition que le cautionnemeut aura pour objet, mais sans pouvoir l'excéder. » Cette dernière disposition n'est que l'application d'une règle de droit d'après laquelle une caution ne peut s'obliger *in duriorem causam* (article 2103 C. c.).

Donnons un exemple : anciennement, la lettre de change était taxée à 0,25 0/0. L'aval payait le même droit.

Terminons cette matière, en parlant du certificateur de caution et de la caution donnée par le débiteur principal à la caution elle-même.

*a.* — Certificateur.

L'article 68, § 1, n° 16, fixe à 1 franc (la loi de 1816, art. 43, n° 18 — l. 1852, art. 4, a élevé ce droit à

3 francs), le droit perçu, en matière de cautionnement. Ce droit est fixe, et non proportionnel. Deux droits proportionnels sont déjà perçus, pour l'obligation principale, et pour le cautionnement; il eut été trop dur d'exiger, à l'occasion de la même dette, un troisième droit.

*b.* — Caution donnée à la caution.

L'espèce est simple; une caution a reçu du débiteur principal qu'elle a cautionné un fidéjusseur qui a garanti son recours contre le débiteur principal. Un nouveau droit est-il dû ? Actuellement, non. L'obligation contractée par ce fidéjusseur de répondre de la dette du débiteur principal envers la caution est conditionnelle comme l'obligation qu'elle sanctionne. On ignore, en effet, si le débiteur principal devra rembourser à la caution ce que celle-ci aura payé pour lui.

Or, une obligation conditionnelle ne donne pas lieu à la perception du droit; comment un cautionnement qui a pour objet cette obligation conditionnelle pourrait-il être taxé? Ce serait la violation formelle de la loi de Frimaire qui dit qu'en aucun cas le droit de cautionnement ne peut excéder le droit de l'obligation principale.

# POSITIONS

## DROIT ROMAIN

I. — La cession des actions permet au fidéjusseur de recourir contre ses cofidéjusseurs (page 24).

II. — Le créancier est tenu de céder simplement les actions telles qu'elles sont entre ses mains, au moment où le paiement est effectué ; il n'est pas responsable s'il n'a pas conservé toutes les sûretés qu'il avait à l'origine (page 31).

III. — Les fidéjusseurs incapables, comme les fidéjusseurs insolvables, ne sont pas compris dans la division (page 46).

IV. — Le fidéjusseur *indemnitatis* ne peut être poursuivi qu'après le débiteur principal (page 58).

V. — L'insolvabilité encourue par le débiteur principal ou par l'une des cautions après l'échéance de la dette, sera supportée par le *mandator* comme par le fidéjusseur ordinaire (page 74).

VI. — Dans les actions de droit strict, la compensation amène une diminution de la condamnation (sic : l. 22. D. 44, 1. — *Obstat Sent.* Paul, 2, 3, § 3).

VII. — La prohibition d'hypothéquer le fonds dotal avait sa source dans la loi Julia (sic : § 15. Code, V, 13. — Instit. princ., l. 2, tit. 8. — Obstat : Gaïus, Comm. II, § 63).

VIII. — Le mari pouvait seul, durant le mariage, revendiquer l'immeuble dotal par lui indûment aliéné Sic : loi 13, § 1. D., liv. 4, tit. 4. — Obstat : loi 17. D. *de fundo dotali*).

IX. — Il n'y avait pas représentation par le *cognitor* (Sic : frag. Vatic., § 317. — Gaïus, Comm. IV, § 86).

## DROIT CIVIL

I. — Le créancier n'est pas tenu de mettre préalablement en demeure le débiteur principal, avant de poursuivre la caution (page 87).

II. — La caution qui est intervenue en faveur d'un codébiteur solidaire, n'a pas le droit d'exiger la discussion des biens des autres codébiteurs solidaires (page 100).

III. — Si la caution poursuivie pour le tout par le créancier invoque le bénéfice de division, en alléguant que ses cofidéjusseurs sont solvables : c'est à elle et non au créancier de prouver leur solvabilité (page 116).

IV. — La caution à laquelle le créancier a fait volontairement remise de la dette, a néanmoins recours contre le débiteur principal (page 140).

V. — Lorsqu'une dette est garantie à la fois par un cautionnement et par une hypothèque fournie par un tiers, le tiers et la caution peuvent recourir l'un contre l'autre (page 157).

VI. — Si un débiteur donne à son créancier une hypothèque et une caution, la caution sera subrogée aux droits du créancier, sur l'immeuble hypothéqué, et le tiers détenteur qui paie pour ne pas déguerpir, ne sera pas subrogé à l'action personnelle du créancier contre la caution (page 150).

VII. — La caution solidaire peut invoquer l'art. 2037 du code civil (page 162).

VIII. — Le père naturel n'a pas droit à la réserve.

IX. — Les héritiers du donateur peuvent invoquer le défaut de transcription.

X. — Les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux sont nulles.

XI. — L'inefficacité des actes de la femme ayant pour objet un immeuble dotal tient non pas à une mise hors du commerce de cet immeuble mais à une incapacité spéciale de la femme dotale.

## ENREGISTREMENT.

I. — Quand un débiteur solidaire joue le rôle de caution

il y a lieu de percevoir le droit de cautionnement,

II. — Quand la caution s'oblige *solidairement*, il y a lieu de percevoir le droit de cautionnement.

## DROIT COMMERCIAL.

I. — En droit commercial comme en droit civil la caution jouit du bénéfice de discussion, à l'exception du donneur d'aval.

## DROIT CONSTITUTIONNEL.

I. — L'assemblée nationale n'est pas maîtresse de son ordre du jour.

II. — Le sénat a les mêmes attributions que la Chambre des Députés, en matière financière, sauf le droit de priorité.

## DROIT CRIMINEL INTERNATIONAL

I. — Les nationaux devraient être soumis à l'extradition pour crimes ou délits commis à l'étranger.

## PROCÉDURE CIVILE.

I. — Le ministère public ne peut agir d'office que dans les cas specifiés par une loi, même lorsque l'ordre public est intéressé.

---

Vu par le Président de la thèse,
G. DEMANTE

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD

## TABLE DES MATIÈRES

### DROIT ROMAIN

INTRODUCTION .................................... 5

Du cautionnement en général et de ses diverses formes.

§ 1. — Considérations générales sur le cautionnement .................................... 5

§ 2. — Des diverses formes du cautionnement...... 8

CHAPITRE I. — Du bénéfice de cession d'action............ 14

Section I. — A quelle époque le fidéjusseur doit-il demander la cession des actions du créancier, et comment elle se réalise.......................... 15

Section II. — Quelles sont les conditions de la cession. 19

Section III. — Utilité et but de la cession des actions.. 21

CHAPITRE II. — Du bénéfice de division................. 34

Section I. — Quels fidéjusseurs peuvent invoquer le bénéfice, et quels fidéjusseurs ne le peuvent pas.. 36

Section II. — Entre quels fidéjusseurs a lieu la division.................................... 42

Section III. — A quel moment le bénéfice doit-il être invoqué.................................... 50

Section IV. — Effets du bénéfice de division.......... 51

CHAPITRE III. — Du bénéfice de discussion............... 54

Mandat dans l'intérêt du mandant et du mandataire... 56

Fidejussia indemnitatis.................................... 57

I. — Qui peut invoquer le bénéfice de discussion... 60

II. — Sous quelles conditions et comment peut-il être invoqué.................................... 62

III. — Quels sont les effets du bénéfice de discussion

une fois invoqué ........................................ 63
APPENDICE. — I. — Comparaison entre la *fidejussio* ordinaire et le *mandatum pecuniæ credendæ* ........... 64
IIe. — Comparaison entre la *fidejussio* et le pacte de constitut ........................................ 77

## DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE I. — Du bénéfice de discussion ........................ 82
Section I. — Quelles sont les cautions qui peuvent invoquer le bénéfice de discussion ........................ 83
Section II. — Conditions auxquelles est soumis l'exercice du bénéfice de discussion ........................ 87
Section III. — Effets du bénéfice de discussion ........ 103
CHAPITRE II. — Du bénéfice de division ........................ 107
Section I. — Qui peut invoquer le bénéfice de division. 110
Section. II. — Entre quelles cautions le créancier doit-il diviser son action ........................ 112
Section III. — A quel moment la caution doit-elle opposer le bénéfice de division ........................ 120
Section IV. — Effets du bénéfice de division .......... 124
CHAPITRE III. — Du bénéfice de subrogation .............. 127
Section I. — Utilité de la subrogation ................ 130
Section II. — Effets de la subrogation ................ 133
§ 1. — De la subrogation dans les rapports de la caution avec le créancier ........................ 133
§ 2. — De la subrogation dans les rapports du débiteur et de la caution ........................ 136
§ 3. — De la subrogation dans les rapports des cautions entre elles ........................ 145
§ 4. — De la subrogation dans les rapports de la caution et du tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué à la dette ........................ 149

Appendice I.— Comparaison entre la caution proprement dite et la caution solidaire........................... 158
§ 1. — Influence que peut avoir l'engagement solidaire sur les rapports du créancier et de la caution .......................................... 159
§ 2. — Rapports de la caution solidaire et du débiteur principal ....................................... 166
Appendice II. — Des règles sur la perception des droits d'enregistrement en matière de cautionnement......... 168
— A — Quelles règles appliquer lorsque le débiteur solidaire est une caution ?................ 170
— B — Quelles règles appliquer lorsque la caution est solidaire ? ................................ 173

---

Imprimerie d s Écoles, Henri JOUVE, 23, rue Racine, Paris.



